

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: ESTADO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE
EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO COM A UNIVERSIDADE DE ALICANTE - ESPANHA

**JURISDIÇÃO PLURAL E TEORIA POLÍTICA DO ESTADO:
AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA ALÉM DO
PODER JUDICIÁRIO**

PAULO EDUARDO HUERGO FARAH

Itajaí-SC, julho de 2020

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

LINHA DE PESQUISA: ESTADO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO COM A UNIVERSIDADE DE ALICANTE -ESPANHA

**JURISDIÇÃO PLURAL E TEORIA POLÍTICA DO ESTADO:
AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA ALÉM DO
PODER JUDICIÁRIO**

PAULO EDUARDO HUERGO FARAH

Tese submetida ao Curso de Doutorado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor em Ciência
Jurídica. Em dupla titulação com a
Universidade de Alicante – UA.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer

Coorientador: Professor Doutor Zenildo Bodnar

Itajaí-SC, julho de 2020.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer igualmente três instituições.

No Brasil, à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, pelo esmero em seu Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, atualmente contando com o maior conceito avaliativo do país (CAPES-6), proporcionando aos seus acadêmicos conhecimentos da mais elevada qualidade, tanto nacional quanto internacionalmente por meio dos convênios com as Universidades estrangeiras. A UNIVALI é a responsável pela construção do meu conhecimento jurídico, tendo em vista que minha formação acadêmica em Direito começou nessa instituição, ainda na graduação, passou pelo Mestrado em Ciência Jurídica, também realizado em dupla titulação (Universidade do Minho – Portugal), e agora culmina no Doutorado em Ciência Jurídica.

Igualmente, ao Poder Judiciário de Santa Catarina, tanto ao Tribunal de Justiça quanto à Academia Judicial, pelo incentivo ao aperfeiçoamento acadêmico continuado e constante aos seus juízes, que adquirem conhecimento única e exclusivamente para prestar um serviço público jurisdicional de maior qualidade, sem qualquer acréscimo financeiro para tanto. Há, nesse campo, um engrandecimento cultural e científico do corpo de juízes, mas sem dúvida o maior beneficiado com esse aprimoramento intelectual é o jurisdicionado. Atualmente, o Poder Judiciário de Santa Catarina conta em seus quadros com parcela significativa de juízes com pós-graduação *stricto sensu*, o que somente está sendo viável diante de tamanho incentivo institucional.

Na Espanha, à Universidade de Alicante – UA, do mesmo modo vanguardista na arte de proporcionar o conhecimento, mas não somente ao povo espanhol, pois, da mesma forma que a UNIVALI, a UA também abre suas portas aos convênios internacionais. A UA é hoje uma das melhores “universidades jovens” da Europa, com potencial de sobra para alcançar em breve as primeiras posições. Além disso, é impossível falar da UA sem mencionar a estrutura inigualável do seu *campus* universitário, extremamente organizado e acolhedor.

Nesse contexto internacional, também registro os devidos agradecimentos à Espanha, pela receptividade, mas em especial à cidade de Alicante e ao povo alicantino; tanto a UA, quanto a cidade de Alicante, por intermédio de seus servidores e da população em geral, permitiram que o estágio de dupla titulação enfrentado no exterior pudesse se tornar mais leve e a saudade de casa ser amenizada.

Ultrapassando as instituições e partindo para os agradecimentos pessoais, enalteço primeiramente a acolhida em Alicante e na UA aos Professores Doutores Andrés Molina Jimenez e Joaquin Melgarejo Moreno, assim como a funcionária Patricia, do Instituto das Águas – ao Professor Doutor Gabriel darei destaque especial posteriormente. Durante o segundo estágio de dupla titulação, tive a oportunidade de assistir quase diariamente aulas ministradas ao Curso de Mestrado daquela instituição, inclusive com visitas a institutos espanhóis que permitiram uma melhor compreensão destacadamente sobre a política jurídica dos recursos hídricos daquela região, nas quais o Professor Doutor Joaquin esteve presente e, a todo tempo, demonstrava-se preocupado com o aprendizado e o conforto dos acadêmicos estrangeiros. As disciplinas nem sempre puderam ser aproveitadas no desenvolvimento da presente Tese, mas os aprendizados extracurriculares, especialmente os culturais, foram únicos e serão levados por toda a vida, certamente me auxiliando nos mais diversos temas jurídicos com reflexos positivos para a prestação jurisdicional.

A acolhida na UNIVALI não foi diferente. Não obstante eu me considerar “da casa”, tendo em vista que nessa instituição desenvolvi minha vida acadêmica, todo novo projeto se inicia com novéis desafios. E nesse trajeto gostaria de agradecer às Doutoradas Natammy Luana de Aguiar Bonissoni e Jaqueline Moretti Quintero, por todo o auxílio ofertado no decorrer dessa complexa atividade de aperfeiçoamento acadêmico em nível doutoral – extensivo também ao Marcos Vinícius de Almeida.

Em se tratando de UNIVALI, não poderia deixar de registrar os agradecimentos por todos os momentos que vivenciei nessa instituição, diante do

fato do conhecimento jurídico ser um constante aprendizado, que se inicia muito antes do Curso de Doutorado, ao menos desde o começo da graduação. Não vou nominar nenhum Professor desse período de graduação, mas agradecer a todos indistintamente por fornecerem pequenos tijolos de conhecimento para compor o meu “castelo”.

Vou, contudo, destacar, já nos primeiros passos da pós-graduação, os meus orientadores do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (Universidade do Minho – Portugal), brasileira que conquistou espaço acadêmico destacado na Europa, tornando-se referência mundial em Direito da União Europeia, e o Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, cidadão que dispensa qualquer apresentação e detentor de um currículo acadêmico impossível de ser resumido em poucas folhas de papel.

Nesse diapasão, há uma pessoa que, direta ou indiretamente, fez parte nessa minha jornada acadêmica desde que ela se iniciou dentro da UNIVALI, a qual se tornou mais próxima nos últimos anos. O Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da UNIVALI, foi meu primeiro Professor de Direito Constitucional, ainda no primeiro ano da graduação. Desde aquela época, o Professor Paulo sempre foi uma referência acadêmica, e uma sumidade em toda e qualquer disciplina a que se propunha ensinar. Admirado por seu notável conhecimento jurídico, no decorrer da pós-graduação pude conhecer melhor também seu lado humano para fora das paredes da classe de aula. Faltariam adjetivos para descrever o que representa o Professor Paulo para mim e certamente para outros tantos acadêmicos. Sempre prestativo, atencioso, competente, habilidoso, perspicaz e detentor de uma visão e um pensamento situado para muito além da linha da normalidade. O Professor Paulo é corresponsável pela concretização desse meu projeto e também pelo projeto de tantos outros doutores.

Igualmente incentivador e de grande referência para a minha vida acadêmica, é o Professor Doutor Desembargador Pedro Manoel Abreu. Enquanto o Professor Doutor Paulo é uma referência dentro da UNIVALI, o Desembargador

Pedro Manoel Abreu é o baluarte do aperfeiçoamento jurídico dos juízes dentro do Poder Judiciário de Santa Catarina. Não é, certamente, o único, mas possivelmente o maior responsável por permitir que, ao lado das exigências de produtividade, aos juízes seja igualmente possibilitado o estudo jurídico aprofundado, acarretando um equilíbrio na prestação jurisdicional, equacionando a relação quantidade *versus* qualidade da decisão jurídica, fonte maior de legitimação da atividade do Poder Judiciário no Estado constitucional democrático. O Professor Doutor Desembargador Pedro Manoel Abreu é também corresponsável pela concretização desse meu projeto e também pelo projeto de tantos outros juízes doutores.

Se essas instituições e pessoas me auxiliaram nesse projeto de uma maneira geral, três Professores contribuíram de maneira especial para que a pesquisa pudesse se desenvolver com a qualidade exigida em um Curso de Doutorado. São eles os meus orientadores: no Brasil, Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas e Professor Doutor Zenildo Bodnar, e, na Espanha, o Professor Doutor Gabriel Real Ferrer.

Conheci o Professor Doutor Marcelo Buzaglo Dantas ainda no ano de 2007 quando me preparava para enfrentar os concursos públicos. Foi o Professor Doutor Marcelo meu grande mentor para o desenvolvimento dos meus conhecimentos em Processo Civil. Apesar de não ser meu orientador formalmente nesse Curso de Doutorado, as contribuições do Professor Marcelo foram de essencial importância especialmente nas primeiras etapas do estabelecimento da presente pesquisa.

Toda conversa com o Professor Doutor Zenildo Bodnar é um verdadeiro aprendizado, seja ele jurídico ou para a vida. A sua visão holística sobre a Jurisdição e o sistema de justiça é ímpar, adquirida a partir da vasta experiência no exercício da função jurisdicional e do próprio aperfeiçoamento acadêmico, o que foi de suma importância para a construção lógica de inúmeros pontos da presente pesquisa. Mas falar sobre o notório conhecimento jurídico do Professor Zenildo é, com o perdão da expressão coloquial, “chover no molhado”. Só quem tem a honra e a oportunidade de conviver academicamente com esse fantástico ser humano sabe o quanto ele é

sensível, atencioso e dedicado, possuidor de uma gentileza e humildade inigualáveis, mesmo quando tece críticas construtivas e necessárias ao trabalho de pesquisa. A orientação do Professor Zenildo transcende em muito o campo jurídico, pois ele é, acima de tudo, um motivador. Dentre tantos ensinamentos, não posso dizer que essa foi a principal lição para a tese, mas talvez para ser aplicada igualmente em outros setores da vida cotidiana: logo no início do Curso de Doutorado, o Professor Zenildo disse, em outras palavras, que tão importante quanto o resultado da tese, são as descobertas feitas no caminho da pesquisa. Sem dúvida, a cada dia que passava eu dava ainda mais razão a esse ensinamento; as descobertas são importantes e, talvez, sem elas, o brilho desse trajeto seja menos intenso se não houver nele nenhuma novidade.

É difícil encontrar palavras para agradecer ao Professor Doutor Gabriel Real Ferrer. Nessas horas, além de agradecer, eu me pergunto não o que, mas como eu poderia descrever algo que represente, em poucas palavras, a magnitude do que o Professor Gabriel representa não apenas para mim, mas também para o universo jurídico. Diante disso, vou me permitir registrar uma passagem que ocorreu durante uma aula ministrada por ele no Curso de Mestrado na UA, que pude presenciar durante o período em que tive na Espanha em dupla titulação. Em uma tarde, com a sala de aula lotada com os mais variados acadêmicos, dentre eles juízes, promotores, procuradores e advogados – alguns, inclusive, Professores –, todos olhavam atentamente o Professor Gabriel ministrar seus ensinamentos, e o único ruído que se ouvia era dos teclados em atividade fazendo todas as anotações possíveis. Ao final da aula, o sentimento geral era de êxtase, quando um dos acadêmicos se voltou para a minha pessoa e disse: - “Essa aula valeu o Curso de Mestrado inteiro para mim”. Se o referido acadêmico ficou perplexo em poder acompanhar uma exposição feita pelo Professor Gabriel concentrada em uma única tarde, imagina o meu sentimento em poder contar com seus ensinamentos intensivos durante os quatro anos do Curso de Doutorado, ocasião em que também conheci o ser humano incrível que ele é para além da vida acadêmica.

Por fim, agora longe do mundo acadêmico, os merecidos agradecimentos aos que acompanham de perto o nosso aperfeiçoamento.

Nem sempre a atividade do doutorando é compreendida por seus amigos e familiares. É tarefa árdua, e não muito convincente, explicar o porquê de sacrificar o “tempo livre”, nas madrugadas dos dias úteis ou na totalidade dos feriados, finais de semana e férias, para continuar estudando mesmo depois de estar há tantos anos graduado em Direito e em constante aperfeiçoamento jurídico como imperiosidade para o exercício da função jurisdicional de qualidade.

Sim, porque desenvolver uma tese jurídica concomitantemente à atividade laboral exige inúmeros sacrifícios pessoais, dentre eles dispor de um tempo pessoal por vezes inexistente. Quem mais sofre com tudo isso são justamente as pessoas mais próximas e que nutrem por nós especial carinho, que sentem a falta de um abraço, um afago ou de uma simples conversa que você não pode oferecer enquanto está imerso na leitura dos livros ou no desenvolvimento do texto que, talvez, tornar-se-á a sua tese no futuro. A todos esses entes queridos, sejam eles integrantes ou não do núcleo familiar, meus sinceros agradecimentos, especialmente pela virtude da paciência.

DEDICATÓRIA

Às vítimas da COVID-19.

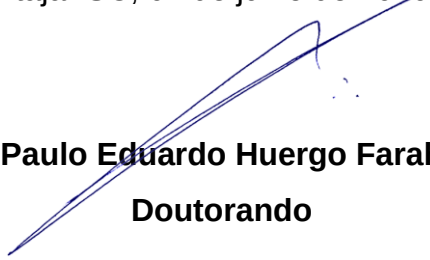
Às pessoas que possuem as virtudes que eu não tenho.

Aos seres de luz que esparzem harmonia e felicidade pelo universo, em
especial meu filho Pedro.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 04 de julho de 2020.



Paulo Eduardo Huergo Farah
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 04/11/2020, às 09 horas, o doutorando PAULO EDUARDO HUERGO FARAH fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título “JURISDIÇÃO PLURAL E TEORIA POLÍTICA DO ESTADO: AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PARA ALÉM DO PODER JUDICIÁRIO”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI) como presidente e orientadora, Doutor Zenildo Bodnar (UNIVALI) como coorientador, Doutor Andrés Molina Gimenez (UNIVERSIDADE DE ALICANTE - ESPANHA) como membro, Doutor Alexandre Moraes da Rosa (UNIVALI) como membro, Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) como membro suplente e Doutor Paulo Márcio da Cruz (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente

Itajaí (SC), 04 de novembro de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJF	Conselho da Justiça Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CRT	<i>Civil Resolution Tribunal</i>
CEDH	Corte Europeia dos Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana dos Direitos Humanos
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IA	Inteligência artificial
ODR	<i>Online dispute resolutions</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto interno bruto
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJRO	Tribunal de Justiça de Rondônia
TJRR	Tribunal de Justiça de Roraima
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
VS	<i>Versus</i>

ROL DE CATEGORIAS

CIBERNÉTICA: A cibernética é um termo geral que se correlaciona com todo o contexto derivado da tecnologia. Acompanhando Pinochet, a cibernética está intimamente ligada à inteligência artificial, na medida em que é a sua concretização prática. A inteligência artificial, por sua vez, teoriza a cibernética e encontra formas de materializar e aplicar esses modelos teóricos. “A cibernética, ligada à robótica, encontra modelos em que os sistemas criados pela inteligência artificial se hospedam”. Os robôs, por sua vez, “são conhecidos na associação de máquinas eletromecânicas com os recursos de inteligência artificial”.¹

DECISÃO MULTICÊNTRICA: Sentença construída na Jurisdição Plural com a participação do julgador orbital – membro julgador do Órgão Orbital – e do juiz ordinário – membro julgador do Poder Judiciário – a partir da consulta realizada pelo Órgão Orbital ao Poder Judiciário por meio do reenvio prejudicial.

ESTADO: “a) o Estado é uma forma específica de sociedade política, organizada mediante regras e dotada de poder superior sobre os seus membros; b) o Estado é uma pessoa jurídica de direito público interno e internacional. O primeiro conceito indica, abstratamente, qualquer tipo assumido pelo Estado em seu desenvolvimento no tempo e no espaço, independentemente de suas variações, considerando-se sociedade política, segundo a definição de Norberto Bobbio, a forma mais intensa e vinculante de organização da vida coletiva. O segundo conceito, também de forma abstrata, equipara Estado à conotação comumente atribuída à palavra “País”. Em ambos, o Estado é visto como unidade político-jurídica, sendo este o seu sentido moderno”.²

ESTADO REVOLUCIONÁRIO: Os Estados revolucionários estão sendo tratados na presente tese como aqueles em que a transição do modelo de Estado liberal para o Estado social não ocorreu de maneira natural ou ocorreu por meio da violência e implementação da ditadura, culminando, nessa ação revolucionária, na alteração do regime estatal, não necessariamente para se tornar “social”. O Estado Revolucionário pode ser considerado como sinônimo de Estado ditatorial do século XX. Seus maiores exemplos são os Estados Fascista italiano, Nazista alemão e Comunista soviético.

JURISDIÇÃO: A Jurisdição está sendo enfrentada na presente pesquisa sob inúmeras perspectivas diferentes, todas expostas em cada uma das abordagens enfrentadas de acordo com o contexto da narrativa. Não obstante, em linhas gerais, como a proposta é a ampliação dos órgãos públicos jurisdicionais, a Jurisdição pode ser definida, para essa compreensão, como a capacidade de resolver conflitos jurídicos de modo vinculativo e com caráter de definitividade.

¹ PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 35.

² RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2 ed. Barueri: Manole, 2019. p. 18

JURISDIÇÃO UNA: É a Jurisdição estatal *ad intra* prestada de modo exclusivo pelo Poder Judiciário, único legitimado a solucionar conflito jurídico dotado de imutabilidade diante dos efeitos da coisa julgada, em observância ao princípio da unidade da Jurisdição, que significa, portanto, a ausência de diversificação de tribunais.

JURISDIÇÃO DUAL: Além do Poder Judiciário, há outra ordem jurisdicional *ad intra* paralela competente para enfrentar e decidir, de maneira imutável, processos em que o Estado é parte ou interessado.

JURISDIÇÃO PLURAL: É a proposta da presente pesquisa. A Jurisdição Plural seria uma modelo de Jurisdição estatal que compreenderia além do Poder Judiciário, outros órgãos públicos capacitados para ao julgamento de processos cujas decisões seriam vinculativas e dotadas dos efeitos da *res judicata*. Difere da Jurisdição dual porquanto nesta o Estado tem que figurar obrigatoriamente ao menos em um dos polos da demanda (ou nos dois, no caso de disputa jurídica entre dois órgãos públicos), e na Plural não haveria essa limitação, estando os órgãos públicos para além do Judiciário também habilitados ao julgamento de particulares (*intraneus vs. intraneus*).

ÓRGÃO ORBITAL: São órgãos públicos que podem ser considerados como espaços estatais compartilhados para o exercício de funções públicas desprovidas de Poder político relevante, sistematizados em núcleos operativos profissionalmente estruturados, distintamente organizados em torno de um sistema orbital complexamente integrado por meio de órgãos públicos que encontram suas competências e linhas de atuação no ordenamento jurídico, sem estarem submetidos à hierarquização ou ao dirigismo dos Poderes do Estado. E quando atuam na função jurisdicional, garantem direitos individuais por meio da prolatação de decisão jurídica vinculativa dotada dos efeitos da *res judicata* – o foco da presente Tese são os Órgãos Orbitais jurisdicionais, não obstante possam ser eles executivos ou legislativos.

PODER: O Poder³ é um fenômeno sociocultural, um fato da vida social, característico da convivência em grupo e da possibilidade de exigir certos atos, esforços, condutas ou limites, podendo ser definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”⁴, assim como “a capacidade ou a probabilidade de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de outro indivíduo”⁵, implicando, assim, na “autoridade

³ “En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. Traducción de Vicente Herrero. Título original: *Jurisprudence*. p. 17.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. rev. e atua. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108/9.

⁵ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 209.

e uma relação de superior para inferior⁶”.

PODER BUROCRÁTICO: É o Poder exercido pelos órgãos “não supremos” do Estado. É em regra uma atividade estatal etiquetada sob o prisma da “administração pública”. O Poder burocrático é encontrado onde não está depositado o núcleo material e essencial das três funções clássicas do Estado: executiva, legislativa e jurisdicional. Na presente pesquisa, de forma complementar à teoria do Estado, propõe-se uma classificação de divisão de Poderes para além da tradicional tripartida aperfeiçoada por Montesquieu e adotada pelo Estado moderno. Assim, o Poder político do Estado está concentrado nos três órgãos supremos; em outro norte, o Poder burocrático é exercido de modo pulverizado pelos demais órgãos públicos, de maneira afastada e desprovida de Poder político, conforme desenvolvido no capítulo 7.

PODER POLÍTICO: A esfera de relação de Poder estabelecido entre indivíduos e entre grupos em cada sociedade organizada⁷ está incluída dentro do âmbito da política.⁸ “A relação entre governantes e governados, na qual se resume a relação política principal, é uma típica relação de poder”, cuja tipologia clássica propagada ao longo dos séculos é aquela extraída da obra de Aristóteles, que distinguiu as três formas típicas de Poder com base na própria sociedade, consistente no Poder do pai sobre os filhos; do senhor sobre os escravos; e do governante sobre os governados; “este último é o poder político, isto é, o poder exercido na *pólis* (que em grego significa cidade, definida pelo próprio Aristóteles como comunidade auto-suficiente de indivíduos que convivem em um território)”.⁹

PODER POLÍTICO DO ESTADO: “O ‘poder’ não é algum tipo de substância ou entidade por trás da ordem social. O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito”.¹⁰ E, conforme Heller, o “Poder do Estado é, pois, sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado¹¹”, responsável por coordenar e

⁶ “O fato de um indivíduo ter poder sobre outros indivíduos manifesta-se no fato de que aquele é capaz de induzir estes a uma conduta que ele deseja. [...] O poder, nem sentido social ou político, implica autoridade e uma relação de superior para inferior”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, sem ano de publicação. Título original *General Theory of Law and State*. p. 274.

⁷ “Organizar-se, portanto, é constituir-se com um poder, diz REALE, assinalando que, assim como não há organização sem presença do direito, não há poder que não seja jurídico, ou seja, não há poder insuscetível de qualificação jurídica. Isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

⁸ “A correspondência de Valores entre o detentor e os ‘súditos’ não é somente o terceiro elemento de uma noção teórica e axiológica de Poder Político, mas sobretudo, constitui-se num ponto básico para o correto exercício do Poder pelo Estado Contemporâneo”. **Função social do estado contemporâneo** [recurso eletrônico]. 4 ed. revista e ampliada. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 44.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de Daniela Beccaccia. Título original: *Teoria generale della politica*. p. 216/7.

¹⁰ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 274/5.

¹¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou. Sem ano de publicação. Título original: STAATSLEHRE. Primeira edição em alemão: 1934. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. p. 244.

impor limites à sociedade civil composta por uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, de onde se observa que esse Poder político é superior aos demais poderes sociais, influenciado por uma complexidade de “valores”, assim como caracterizador da soberania estatal.¹²

PODER POLÍTICO RELEVANTE: É o Poder político do Estado exercido pelos órgãos supremos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse Poder está concentrado no núcleo material e essencial das três funções clássicas do Estado: executiva, legislativa e jurisdicional. Contrapõem-se ao Poder burocrático, desenvolvido por órgãos “não supremos” – conceito operacional exposto anteriormente.

POLÍTICA: “A política é um conjunto de atividades humanas planejadas e integradas culturalmente cujo objetivo é a regulação do poder”.¹³

REENVIO PREJUDICIAL: Mecanismo jurídico-processual existente no direito da União Europeia que possibilita a uma Jurisdição nacional consultar o Tribunal de Justiça da União acerca da interpretação e validade do direito comunitário, solucionando eventual controvérsia jurídica centralizada em torno de uma norma da União a ser aplicada em um processo nacional em curso. O instituto europeu do reenvio prejudicial foi adaptado para utilização na Jurisdição Plural, convertendo-se em instrumento de comunicação entre o julgador orbital (Órgão Orbital) e o juiz ordinário (Poder Judiciário), possibilitando, também, o surgimento de uma sentença multicêntrica.

REGIMES TOTALITÁRIOS: Utilizado na presente Tese, em sentido amplo, para qualificar qualquer regime tirano, ditatorial, absolutista, despótico, totalitário ou autoritário. Todos esses termos são utilizados como sinônimos na presente pesquisa, não obstante haver singela diferenciação entre eles, conforme segue: “Ao longo da história, muitas foram as nomenclaturas utilizadas para regimes autocráticos. Na Antiguidade, os governos conduzidos pela vontade de um só eram comumente denominados de tiranias, com referência, inclusive, à tradicional classificação de Aristóteles feita em sua obra *A Política*; o termo ditadura, por sua vez, foi usado para se referir à concentração de poderes no contexto da crise da República Romana. Já na Idade Média, as Monarquias que prescindiam de várias das características democráticas listadas aqui eram caracterizadas como regimes absolutistas ou despóticos, os quais eram conduzidos arbitrariamente por Reis sem qualquer limitação à sua atuação, incluindo aí a ausência de uma ordem jurídica a ser cumprida (ou seja, não eram Estados de Direito). Durante o século XX, verificamos a existência de regimes totalitários e, em alguns casos, aparece o conceito de Estado policial, destacando que o exercício da coação se demonstrava imprescindível ao regime. Há, ainda, a expressão regime autoritário, sendo esta de uso mais amplo e impreciso. Entretanto, contemporaneamente, tais expressões caíram em desuso e atualmente retomamos o conceito romano antigo e nos valem da expressão Ditadura ou Regime Ditatorial para nos referirmos a regimes

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 109.

¹³ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 66.

em que as características democráticas listadas anteriormente não sejam previstas no ordenamento jurídico ou que, se previstas, não são verificadas no plano fático”.¹⁴

RESERVA DE JURISDIÇÃO LATO SENSU: Controle jurídico exercício pelo Poder Judiciário no desenvolvimento da função jurisdicional do Estado, diante da competência jurisdicional exclusiva para dizer não apenas a última, mas por vezes também a primeira palavra jurídica dotada de imutabilidade.¹⁵ Para a presente tese, a reserva de Jurisdição *lato sensu* foi dividida em reserva do Judiciário, reserva do Orbital e reserva residual.

RESERVA DE JURISDIÇÃO DO JUDICIÁRIO: A reserva do Judiciário consiste em parcela da reserva de Jurisdição *lato sensu* de exercício exclusivo do Poder Judiciário por tratar de matérias jurídicas estabelecidas no núcleo material da função jurisdicional, portanto, no exercício do Poder político relevante do Estado. A “reserva do Judiciário” emergiria, primeiramente, naquilo que Canotilho denominou de prerrogativa da primeira palavra ou reserva de juiz, e Rangel classificou como reserva absoluta de Jurisdição. Essa reserva teria origem, de modo mais evidente, nas competências explícitas ou especificadas, mas conteria também aquelas implícitas ou não especificadas, de modo principiológico ou axiológico – conforme desenvolvido no capítulo oito.

RESERVA DE JURISDIÇÃO DO ORBITAL: Competência jurisdicional expressamente definida em favor dos Órgãos Orbitais para atuação em matérias jurídicas dispostas fora do núcleo material da função jurisdicional. As decisões proferidas pelos Órgãos Orbitais em matérias jurídicas determinadas pela reserva do Orbital seriam sentenças jurisdicionais vinculativas e imunizadas pelos efeitos da *res judicata*, e não seriam passíveis de controle merital posterior pelo Poder Judiciário.

RESERVA RESIDUAL DE JURISDIÇÃO: A reserva residual de Jurisdição é uma categoria desenvolvida a partir de um critério de exclusão: o que não for reserva de Jurisdição do Judiciário ou reserva de Jurisdição do Orbital é matéria residual de competência não delimitada. As matérias jurídicas atinentes ao “residual” estão sedimentadas fora do núcleo material e essencial da função jurisdicional. Enquanto não delimitada pelo ordenamento jurídico, a competência residual é do Poder Judiciário, para atuação naquilo que não estiver contido no núcleo da função jurisdicional e não estiver expressamente atribuído ao Órgão Orbital; eventualmente, e em teoria, a reserva residual poderia não existir, por exemplo, a partir do momento em que todas as competências disponíveis fossem expressamente atribuídas a algum órgão, seja ele o Poder Judiciário ou um Órgão Orbital.

TIRANIA: “Assim como a usurpação é o exercício do poder a que outro tem direito, a

¹⁴ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo em medida cautelar em mandado de segurança 27.483-2-DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553771>. Acesso em: 4 jun. 2020.

tirania é o exercício do poder além do direito, a que ninguém pode ter direito; é fazer uso do poder que se tem nas mãos não para o bem daqueles que estão sob esse poder, mas sim em benefício próprio, privado e individual”.¹⁶

¹⁶ LOCKE, John. Extraído de: MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 152.

SUMÁRIO

RESUMO	26
ABSTRACT	29
RESUMEN	31
INTRODUÇÃO	33

PRIMEIRA PARTE

1 RELATO HISTÓRICO SOBRE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E A RESPECTIVA FORMA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS NA ERA PRÉ-ESTATAL	50
1.1 PRÉ-HISTÓRIA	50
1.2 IDADE ANTIGA (4.000 a.C. a 476 d.C.)	60
1.3 IDADE MÉDIA (476 d.C. a 1453 d.C.)	86
1.4 IDADE MODERNA (1453 d.C. a 1789 d.C.)	105
2 O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO E A MONOPOLIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO	120
2.1 O PRELÚDIO DO ESTADO MODERNO	120
2.2 O PIONEIRISMO DE PORTUGAL NA FORMAÇÃO DO ESTADO	139
2.3 ELEMENTOS CLÁSSICOS DO ESTADO MODERNO	146
2.4 ESTATIZAÇÃO DO PRIVADO E MONOPOLIZAÇÃO DA FORÇA	156
3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO E DA JURISDIÇÃO	170
3.1 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO CONSTITUCIONAL	170
3.2 ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL - LEGISLATIVO	179
3.3 ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL - EXECUTIVO	192
3.4 ESTADOS REVOLUCIONÁRIOS	203
3.4.1 Estado socialista soviético	207
3.4.2 Estado fascista italiano	219
3.4.3 Estado nazista alemão	227
3.5 ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO - JUDICIÁRIO	235

4 INTERLOCUÇÃO DAS DIMENSÕES DO DIREITO COM A JURISDIÇÃO NO DECORRER DA EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO	245
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	245
4.2 JURISDIÇÃO “LIBERAL” E A PRIMEIRA DIMENSÃO DO DIREITO	252
4.3 JURISDIÇÃO “SOCIAL” E AS PRIMEIRAS DIMENSÕES DO DIREITO	265
4.4 JURISDIÇÃO NOS ESTADOS REVOLUCIONÁRIOS	271
4.5 JURISDIÇÃO “DEMOCRÁTICA” E AS DIMENSÕES DO DIREITO	274
5 A INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO HETEROCOMPOSITIVA ESTATAL CONTEMPORÂNEA	307
5.1 UMA RAZÃO INDIVIDUAL: INDIVIDUALISMO E CIDADANIA	309
5.2 UM FATOR COLETIVO: NECESSIDADES SOCIAIS	325
5.3 UMA LIMITAÇÃO NATURAL: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS	334
5.4 UM CONJECTÁRIO LÓGICO: ESTATÍSTICA JURISDICIONAL	349
5.5 UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA: JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL	367

SEGUNDA PARTE

6 JURISDIÇÃO PLURAL: GÊNESE	381
6.1 CONCEITO POLISSÊMICO DA CATEGORIA JURISDIÇÃO	381
6.2 SISTEMAS JURÍDICOS E MODELOS JURISDICIONAIS	406
6.2.1 Sistemas jurídicos: <i>civil law</i> , <i>common law</i> e direitos socialistas	406
6.2.2 Modelos jurisdicionais: Jurisdição una e Jurisdição dual	410
6.3 PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS	420
6.4 O EXEMPLO ORGANIZACIONAL DA <i>COMMON LAW</i> INGLESA	430
6.5 JURISDIÇÃO PLURAL: ORIGEM	438
6.6 TRIBUNAL DAS ÁGUAS DE VALÊNCIA	445
7 JURISDIÇÃO PLURAL: SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO JURISDICIONAL BUROCRÁTICA	452
7.1. O PODER POLÍTICO DO ESTADO	452
7.2 A SEPARAÇÃO DO PODER POLÍTICO DO ESTADO: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	460
7.2.1 Platão	460
7.2.2 Aristóteles	462
7.2.3 Maquiavel	467

7.2.4 Locke.....	469
7.2.5 Montesquieu.....	480
7.2.6 Estados Unidos.....	491
7.2.7 França.....	503
7.3 SEPARAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS DO ESTADO: LEITURA CONTEMPORÂNEA.....	505
7.3.1 Preceitos gerais.....	505
7.3.2 Hans Kelsen.....	513
7.3.3 José Joaquim Gomes Canotilho.....	518
7.3.4 Eros Grau.....	521
7.3.5 Reinhold Zippelius.....	524
7.3.6 Peter Häberle.....	528
7.3.7 Luigi Ferrajoli.....	531
7.4 PODER POLÍTICO RELEVANTE E PODER BUROCRÁTICO: TRANSIÇÃO DA VISÃO PIRAMIDAL-ESCALONADA PARA A ORBITAL-ADEQUADA.....	535
7.4.1 Releitura contemporânea sobre os Poderes políticos do Estado.....	535
7.4.2 Visão piramidal-escalonada: órgãos “dependentes”.....	545
7.4.3 Visão orbital-adequada: emersão dos “Órgãos Orbitais”.....	556
7.4.4 Legitimidade político-jurídica da atuação funcional dos Órgãos Orbitais do Estado.....	581
7.5 A FUNÇÃO JURISDICIONAL BUROCRÁTICA.....	588

8 JURISDIÇÃO PLURAL E RESERVA DE JURISDIÇÃO: LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL COORDENADA ENTRE PODER JUDICIÁRIO E ÓRGÃO ORBITAL.....	605
8.1 DIMENSÕES DA JURISDIÇÃO.....	605
8.1.1 Dimensões Política e Jurídica.....	608
8.1.2 Dimensão político-jurídica.....	615
8.1.2.1 Participação democrática na atividade política do Estado.....	615
8.1.2.2 Separação dos poderes, garantia das liberdades públicas e atuação contramajoritária.....	622
8.1.2.3 Controle do ordenamento jurídico e interpretação final do direito.....	627
8.1.3 Dimensão social.....	635
8.2 RESERVA DE JURISDIÇÃO VS. RESERVA DO JUDICIÁRIO.....	639
8.2.1 Reserva de Jurisdição: origem e definição.....	641
8.2.2 Reserva do Judiciário: aproximação do núcleo material jurisdicional.....	651
8.2.3 Reserva de Jurisdição: reserva do Judiciário vs. reserva do Orbital.....	680

9 JURISDIÇÃO PLURAL INDEPENDENTE E IMPARCIAL: TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO OU ÓRGÃOS ORBITAIS?	698
9.1 INDEPENDÊNCIA DOS ÓRGÃOS ORBITAIS: PERSPECTIVA JURÍDICA	698
9.1.1 Independência na função jurisdicional burocrática	698
9.1.2 Independência dos Órgãos Orbitais com relação à administração pública	705
9.2 UNIDADE E INDEPENDÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: PERSPECTIVA HISTÓRICA	723
9.2.1 Unidade da Jurisdição estatal: percepção histórica	724
9.2.2 Elementos histórico-distintivos: tribunal de exceção vs. Órgão Orbital	734
 10 JURISDIÇÃO PLURAL NATURAL E ARTIFICIAL: A INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO POR MECANISMOS HUMANOS E CIBERNÉTICOS	 761
10.1 PRESENTE: INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO PLURAL POR MECANISMOS HUMANOS	761
10.1.1 Reenvio prejudicial: instrumento jurídico de integração coparticipativa	761
10.1.2 Jurisdição Plural: construção da decisão jurisdicional integrativa coparticipativa multicêntrica a partir do reenvio prejudicial	774
10.2 FUTURO: INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO PLURAL POR MECANISMOS CIBERNÉTICOS	799
10.2.1. Quarta revolução industrial – 4.0	799
10.2.2 Jurisdição 4.0: novas tecnologias	802
10.2.2.1 Inteligência artificial	807
10.2.2.1.1 IA forte (<i>strong AI</i>)	810
10.2.2.1.2 IA fraca (<i>weak AI</i>)	813
10.2.2.2 <i>Big data</i>	815
10.2.2.3 <i>Blockchain</i>	818
10.2.2.4 <i>Cloud computing</i>	820
10.2.3 <i>Smart courts</i>	822
10.2.3.1 Tribunais on-line: uma nova maneira de enxergar o acesso e o exercício da Jurisdição	822
10.2.3.2 Tribunais tecnologicamente inteligentes da China	835
10.2.3.3 Juízes robôs da Estônia	841
10.2.3.4 O Judiciário brasileiro 4.0	845
10.2.4 Jurisdição Plural 4.0	849
10.2.4.1 <i>British Columbia Civil Resolution Tribunal</i> - CRT: um exemplo de Órgão Orbital 4.0 em plena atividade no Canadá	849
10.2.4.2 Jurisdição Plural no futuro: Órgão Orbital 4.0 no Brasil	855

ORGANOGRAMA DA JURISDIÇÃO PLURAL SOB A ÓTICA DA TEORIA POLÍTICA DO ESTADO	860
CONCLUSÕES.....	866
CONCLUSIONES.....	905
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	939

GRÁFICOS

GRÁFICO 1: Quadro antropológico da Jurisdição.....	60
GRÁFICO 2: País vs taxa de congestionamento.....	356
GRÁFICO 3: Taxa de congestionamento vs. advogados.....	357
GRÁFICO 4: Maiores litigantes em porcentagem.....	358
GRÁFICO 5: Maiores litigantes – autor vs. réu.....	359
GRÁFICO 6: Maiores litigantes – setor público.....	359
GRÁFICO 7: Poder Judiciário de Santa Catarina.....	361
GRÁFICO 8: Estado na visão piramidal-escalonada.....	555
GRÁFICO 9: Estado na visão orbital-adequada.....	570
GRÁFICO 10: Fatores principiológicos e axiológicos.....	662
GRÁFICO 11: Reserva de Jurisdição <i>stricto sensu</i>	688
GRÁFICO 12: Tribunal de execução vs. Órgão Orbital.....	737
GRÁFICO 13: Organograma jurídico-político da Jurisdição Plural.....	861

RESUMO

A presente pesquisa foi desenvolvida no Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – PPC/UNIVALI, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, dentro na linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, em dupla titulação com o Curso de Doutorado em Direito da Universidade de Alicante – UA, da Espanha. Tem como propósito o desenvolvimento de uma “Jurisdição Plural”, com a ampliação do acesso à justiça através da criação de órgãos jurisdicionais heterocompositivos do Estado para além do Poder Judiciário, por meio da releitura do conceito tradicional de Jurisdição e implementação de uma visão heterodoxa sobre a divisão orgânica de Poderes do Estado. Para tanto, propõe-se, a partir da reorganização política do Estado e da modificação das estruturas públicas, especialmente mediante a alteração substancial da função jurisdicional estatal, uma metamorfose na teoria política do Estado, não em substituição, mas sim em complementação, oferecendo substrato para o preenchimento de uma lacuna dogmática e teoricamente pouco explorada acerca da Jurisdição (Jurisdição estatal para além do Poder Judiciário). O resultado do estudo, que utilizou o método indutivo na investigação, o cartesiano no tratamento de dados e o dedutivo-indutivo no relatório da pesquisa, redundou no surgimento novos órgãos públicos – ou no aproveitamento de antigos, reformulados – que, a partir da implementação da modificação proposta, tomarão decisões jurídicas em sociedade dotadas dos efeitos da coisa julgada, tanto por seres humanos, quanto por máquinas com o auxílio da tecnologia, especialmente da inteligência artificial, auxiliando na emersão de tribunais *on-line* alheios às estruturas do Poder Judiciário, mais simples, eficientes, desburocratizados e ágeis, dotados de procedimentos assíncronos e voltados para a realidade do século XXI, desapegados de formalismos exagerados mas, contudo, preservando conquistas processuais civilizatórias. Esses órgãos foram denominados na presente pesquisa como “Órgãos Orbitais” da Jurisdição Plural. De modo específico, a partir de uma intensa abordagem doutrinária, legislativa e jurisprudencial, de maneira universalizada, explorando o contexto nacional e internacional, o relatório da pesquisa foi desenvolvido em duas grandes partes, cada uma com cinco capítulos. A primeira grande parte, eminentemente

descritiva, expôs a forma de resolução de conflitos desde a era pré-histórica até o surgimento do Estado moderno, descrevendo os motivos que levaram à monopolização pública da criação e aplicação do direito; os elementos e características do Estado moderno, em suas etapas liberal, social e democrática, inclusive traçando notas complementares sobre os Estados totalitários ditatoriais modernos; a interlocução evolutiva do perfil do juiz e da Jurisdição com as dimensões do direito, também em nível supraestatal, e o caos jurisdicional vivenciado atualmente em grande parte dos Estados ocidentais, onde os sistemas de justiça, apesar de se encontrarem em um patamar de elevado Poder político dentro do substrato estatal, e da Jurisdição ter se tornado a arena principal do povo para a busca de seus mais variados direitos, deparam-se com suas capacidades produtivas esgotadas, muito próximas do colapso, exigindo a reformulação e atualização das combalidas estruturas e concepções arcaicas ainda arraigadas aos preceitos do período social agrário. Observando essa problemática, a segunda grande parte da pesquisa foi propositiva, sugerindo alterações na teoria política do Estado, com foco na função jurisdicional, mostrando como essa alteração para a ampliação de órgãos públicos jurisdicionais seria verificada no arcabouço organizacional estatal, quais seriam as competências jurídicas de julgamento dos novos órgãos jurisdicionais, como se daria a independência do julgador e a alteração da natureza jurídica do seu trabalho, deixando a sua decisão de ser administrativa, pautada pelo interesse público geral, transformando-se em sentença, observando o direito individual, assim como, por fim, quais seriam as formas de integração humana e digital desse sistema de justiça, com a participação do Poder Judiciário e do surgimento de tribunais on-line. No capítulo seis, por exemplo, foi exposta a gênese da Jurisdição Plural, em uma evolução sobre os atuais sistemas de Jurisdição una e dual atualmente conhecidos no mundo. No capítulo sete foram desenvolvidas, a partir de uma releitura da teoria da separação de Poderes, uma diferenciação, complementar e não substitutiva, entre Poder político relevante e Poder burocrático, que permitiu um novo olhar sobre a organização do Estado, alterando a visão piramidal clássica sobre o arcabouço organizacional estatal para uma visão heterodoxa orbital, transmudando a natureza de alguns órgãos públicos dependentes para independentes, notadamente os Órgãos Orbitais. No oitavo

capítulo foram expostas dimensões da Jurisdição e conteúdos sobre reserva de Jurisdição, que possibilitaram a identificação aproximada de um núcleo essencial da função jurisdicional e a definição de um conceito de reserva de Jurisdição *lato sensu*, e, a partir deste, uma subclassificação em reserva do Judiciário, reserva do Orbital e reserva residual de Jurisdição, delimitando competências jurídicas que poderiam ser compartilhadas com outros órgãos públicos que não o Poder Judiciário. O capítulo nono tratou da independência dos Órgãos Orbitais, tanto com relação à função jurisdicional quanto em relação à administração pública, notadamente na necessária alteração principiológica da natureza jurídica da decisão que antes era considerada administrativa e agora passou a ser jurisdicional diante da ampliação dos órgãos públicos jurisdicionais. Também nesse capítulo foi desenvolvida uma tabela comparativa entre tribunais de exceção e Órgãos Orbitais, por meio de uma avaliação histórica. O décimo capítulo apresentou instrumentos de coparticipação entre a Jurisdição do Poder Judiciário e a dos Órgãos Orbitais, adaptando o instituto do reenvio prejudicial à Jurisdição Plural, demonstrando também como as tecnologias existentes, especialmente a inteligência artificial, poderão construir uma nova concepção de Jurisdição do século XXI.

Palavras-chave: Teoria do Estado – Jurisdição Plural – acesso à justiça – Jurisdição administrativa – Inteligência Artificial

ABSTRACT

This research was carried out for the Doctorate Course of the stricto sensu Graduate Program in Legal Science at Universidade do Vale do Itajaí – PPC/UNIVALI, in the area of concentration Constitutionalism, transnationality and production of law, and the line of research State, Transnationality and Sustainability, as a double degree with the Doctorate Course in Law at Universidade de Alicante – UA, Spain. Its purpose is to develop a “Plural jurisdiction”, with the extension of access to justice through the creation of heterocompositive jurisdictional bodies of the State, beyond the Judiciary, through a re-reading the traditional concept of jurisdiction and implementation of a heterodox view of the organic division of state powers. To this end, based on the political reorganization of the State and the modification of public structures, especially through the substantial change in the state judicial function, a metamorphosis in the political theory of the State is proposed, not in substitution but in complementation, offering a substrate to fill a dogmatic and theoretically unexplored gap relating to jurisdiction (state jurisdiction beyond the judiciary). This study used the inductive method in the investigation phase, the cartesian method in the data processing phase, and the deductive-inductive method in the research report. The result of the study is the emergence of new public bodies – or the use of old, reformulated ones – which, based on the implementation of the proposed modification, will take legal decisions in society with the effects of the res judicata, both by human beings and by machines with the aid of technology, especially artificial intelligence, assisting in the emergence of online courts outside the structures of the judiciary, which are simpler, more efficient, unbureaucratic and agile, endowed with asynchronous procedures and geared toward the reality of the 21st century, without exaggerated formalisms, yet still preserving civilizing procedural conquests. In this study, these organs are called “orbital organs” of the Plural jurisdiction. Based on an intense doctrinal, legislative and judicial approach, in a universalized way, exploring the national and international context, the research report was developed in two main sections of five chapters each. The first main section, which is mostly descriptive, addresses the form of conflict resolution from the pre-historic era to the emergence of the modern state, describing the reasons that led to the public monopolization of the creation and application of the law; the elements and characteristics of the modern state, in its liberal, social and democratic stages, including additional comments on modern totalitarian dictatorial States; the evolutionary dialog of the profile of the judge and jurisdiction with the dimensions of the law, also at the superstate level, and the judicial chaos that currently prevails in many western States, where justice systems, despite having a high level of political power within the state substrate, and the jurisdiction having become the main arena of the people for the seek a wide range of rights, are finding their productive capacities exhausted and very close to the collapse, demanding the reformulation and updating of the weakened structures and archaic conceptions still rooted in the precepts of the agrarian social period. Observing this problem, the second section of the research is propositive, suggesting changes in the political theory of the State, focusing on the judicial function and showing how this change in the extension of judicial public bodies would be implemented within the state organizational framework, what would be the legal competence of the new courts, what would be the independence of the judge and the change in the legal nature of his work, his decision no longer being administrative,

based on the general public interest, but becoming a sentence, observing individual law, and finally, what would be the forms of human and digital integration of this justice system, with the participation of the judiciary and the emergence of online courts. In chapter six, for example, the genesis of Plural jurisdiction is described, in an evolution over the current systems of single and dual jurisdiction currently known in the world. Based on a re-reading of the theory of separation of powers, chapter seven develops a complementary and non-substitutionary differentiation between relevant political power and bureaucratic power, which enabled a new look at the organization of the State, changing the classical pyramidal view of the state organizational framework for a heterodox orbital view and shifting the nature of some dependent public organs, notably the Orbital Organs, so that they become independent. The eighth chapter discusses the dimensions of jurisdiction and contents on reserve of jurisdiction, which enabled the approximate identification of an essential nucleus of the judicial function and the definition of a concept of reserve of lato sensu jurisdiction, and, from that point of view, a subclassification into reserve of the Judiciary, reserve of the Orbital and residual reserve of jurisdiction, delimiting legal competences that could be shared with public bodies other than the Judiciary. Chapter nine deals with the independence of the orbital bodies, in relation to both the judicial function and the public administration, notably in the necessary principiologically change of legal nature of the decision, which was previously considered administrative and now becomes jurisdictional before the extension of the judicial public bodies. Also in this chapter, a comparative table was developed between the courts of exception and the Orbital Organs, through an historical evaluation. The tenth chapter presents instruments of co-participation between the jurisdiction of the Judiciary and that of the Orbital Organs, adapting the institute of prejudicial referral to the Plural jurisdiction, and demonstrating how existing technologies, especially artificial intelligence, could build a new conception of jurisdiction of the 21st century.

Keywords: State Theory – Plural jurisdiction – Access to justice – Administrative jurisdiction – Artificial Intelligence

RESUMEN

La presente investigación fue desarrollada en la Carrera de Doctorado del Programa de Posgrado Stricto Sensu en Ciencia Jurídica de la Universidade do Vale do Itajaí – PPC/UNIVALI, en el área de concentración Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción del Derecho, dentro de la línea de investigación Estado, Transnacionalidad y Sustentabilidad, en doble titulación con la Carrera de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante – UA, en España. Tiene como propósito el desarrollo de una “Jurisdicción Plural”, con la ampliación del acceso a la justicia a través de la creación de órganos jurisdiccionales heterocompositivos del Estado más allá del Poder Judicial, por medio de la relectura del concepto tradicional de Jurisdicción e implementación de una visión heterodoxa sobre la división orgánica de Poderes del Estado. Para tanto, se propone, a partir de la reorganización política del Estado y de la modificación de las estructuras públicas, especialmente mediante la alteración substancial de la función jurisdiccional estatal, una metamorfosis en la teoría política del Estado, no en sustitución, pero sí en complementación, ofreciendo sustrato para el relleno de una laguna dogmática y teóricamente poco explorada acerca de la Jurisdicción (Jurisdicción estatal más allá del Poder Judicial). El resultado del estudio, que utilizó el método inductivo en la investigación, el cartesiano en el tratamiento de datos y el deductivo-inductivo en el informe de la investigación, proviene del surgimiento de nuevos órganos públicos – o en el aprovechamiento de antiguos, reformulados – que, a partir de la implementación de la modificación propuesta, tomará decisiones jurídicas en sociedad dotadas de los efectos de la cosa juzgada, tanto por seres humanos, como por máquinas con el auxilio de la tecnología, especialmente de la inteligencia artificial, auxiliando en el surgimiento de tribunales en línea ajenos a las estructuras del Poder Judicial, más sencillas, eficientes, desburocratizados y ágiles, dotados de procedimientos asíncronos y convertidos para la realidad del siglo XXI, desapegados de formalismos exagerados pero preservando conquistas procesales civilizadoras. Estos órganos fueron denominados en la presente investigación como “Órganos Orbitales” de la Jurisdicción Plural. De modo específico, a partir de un intenso abordaje doctrinario, legislativo y jurisprudencial, de manera universalizada, explorando el contexto nacional e internacional, el informe de la investigación fue desarrollada en dos grandes partes, cada uno con cinco capítulos. La primera gran parte, eminentemente descriptiva, expone la forma de resolución de conflictos desde la era prehistórica hasta el surgimiento del Estado moderno, describiendo los motivos que llevaron a la monopolización pública de la creación y aplicación del derecho; los elementos y características del Estado moderno, en sus etapas liberal, social y democrática, incluso trazando notas complementares sobre los Estados totalitarios dictatoriales modernos; la interlocución evolutiva del perfil del juez y de la Jurisdicción con las dimensiones del derecho, también en nivel supraestatal y el caos jurisdiccional vivenciado actualmente en gran parte de los Estados occidentales, donde los sistemas de justicia, a pesar de encontrarse en un patamar de elevado Poder político dentro del sustrato estatal y de la Jurisdicción se han convertido en el

asunto principal de un pueblo para la búsqueda de sus más variados derechos, encuentran sus capacidades productivas agotadas, muy cerca del colapso, exigiendo la reformulación y actualización de las maltrechas estructuras y concepciones arcaicas todavía arraigadas a los preceptos del período social agrario. Observando esta problemática, la segunda gran parte de la investigación fue propositiva, sugiriendo alteraciones en la teoría política del Estado, con foco en la función jurisdiccional, mostrando como esta alteración para la ampliación de órganos públicos jurisdiccionales sería verificada en el marco organizacional estatal, cuales serían las competencias jurídicas de juicio de los nuevos órganos jurisdiccionales, como se daría la independencia del juzgador y la alteración de la naturaleza jurídica de su trabajo, dejando de ser administrativa su decisión, pauta por el interés público general, transformándose en sentencia, observando el derecho individual, así como, por fin, cuales serían las formas de integración humana y digital de este sistema de justicia, con la participación del Poder Judicial y del surgimiento de tribunales en línea. En el capítulo seis, por ejemplo, fue expuesta el génesis de la Jurisdicción Plural, en una evolución sobre los actuales sistemas de Jurisdicción una y dual actualmente conocidos en el mundo. En el capítulo siete fueron desarrolladas, a partir de una relectura de la teoría de la separación de Poderes, una diferenciación, complementar y no substitutiva, entre Poder político relevante y Poder burocrático que permitió una nueva mirada sobre la organización del Estado, alterando la visión piramidal clásica sobre el marco organizacional estatal para una visión heterodoxa orbital, trasmutando la naturaleza de algunos órganos públicos dependientes para independientes, en particular los Órganos Orbitales. En el octavo capítulo fueron expuestas las dimensiones de la Jurisdicción y contenidos sobre reserva de Jurisdicción, que posibilitaron la identificación aproximada de un núcleo esencial de la función jurisdiccional y la definición de un concepto de reserva de Jurisdicción lato sensu, y, a partir de este, una subclasificación en reserva del Judicial, reserva del Orbital y reserva residual de Jurisdicción, delimitando competencias jurídicas que podrían ser compartidas con otros órganos públicos que no sean el Poder Judicial. El capítulo noveno trato de la independencia de los Órganos Orbitales, tanto con relación a la función jurisdiccional como con relación a la administración pública, notablemente en la necesaria alteración principiológica de la naturaleza jurídica de la decisión que antes era considerada administrativa y ahora pasó a ser jurisdiccional delante de la ampliación de los órganos públicos jurisdiccionales. También en este capítulo fue desarrollada una tabla comparativa entre tribunales de excepción y Órganos Orbitales, por medio de una evaluación histórica. El décimo capítulo presentó instrumentos de coparticipación entre la Jurisdicción del Poder Judicial y la de los Órganos Orbitales, adaptando el instituto de reenvío prejudicial a la Jurisdicción Plural, demostrando también como las tecnologías existentes, especialmente la inteligencia artificial, podrán construir una nueva concepción de Jurisdicción del siglo XXI.

Palabras clave: Teoría del Estado – Jurisdicción Plural – acceso a la justicia – Jurisdicción administrativa – Inteligencia Artificial

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, no Brasil, em dupla titulação com a Universidade de Alicante, na Espanha. O seu objetivo científico é demonstrar a possibilidade de ampliação de órgãos jurisdicionais estatais para além do Poder Judiciário, sem que isso interfira na separação de Poderes ou gere reflexos ao princípio da unidade jurisdicional, aprofundando a reflexão acerca da função jurisdicional dentro da teoria do Estado, a partir da hipótese abaixo descrita.

O Estado moderno foi concebido no final do século XVIII a partir das revoluções liberais, que passaram a prever direitos abstratamente para toda a população. Esse primitivo modelo de Estado moderno, caracterizado pelo liberalismo, teve uma qualidade peculiar que foi a de, pela primeira vez de maneira efetiva, possibilitar a separação entre os Poderes.

A teoria da separação entre os Poderes foi interpretada de maneira diferente entre os principais Estados da época. Nos Estados Unidos, por exemplo, criaram-se mecanismos a partir dos freios e contrapesos, pavimentando uma certa igualdade entre os Poderes, enquanto na França, em outro norte, também expoente da época, a separação entre os Poderes significou uma desconfiança com o consequente aviltamento do Judiciário perante Executivo e Legislativo.

Como ponto em comum desse contexto revolucionário temos o surgimento do Estado constitucional – de direito –, onde o regramento especialmente elaborado pelo parlamento passou a ditar os rumos da sociedade. Nessa primeira fase do Estado moderno constitucional, o Estado também pode ser denominado como “legislativo”, diante da preponderância desse Poder estatal sobre o Executivo e o Judiciário, este último surgido como um poder nulo – aos olhos da Revolução Francesa –, como qualificou Montesquieu, pois o juiz deveria se limitar a ser a “boca da lei”, sem ser possível a ele fazer qualquer interpretação ou expressar juízo de valor. Esse mesmo reflexo atingiu o Executivo, também limitado em sua atividade pelos ditames da lei, com reduzida discricionariedade, o que era

compreensível diante do fato da sociedade mundial estar naquele momento superando grande período de absolutismo monárquico.

O Estado moderno constitucional liberal enfrentou diversas crises, especialmente diante da isonomia legislativa em querer tratar todos de maneira igual, inclusive os desiguais, o que acarretou graves distorções sociais que foram agravadas pela revolução industrial e o estímulo liberal ao capitalismo, dividindo a sociedade praticamente entre os proprietários do capital, integrantes de grupos econômicos de expressão, e o operário, integrante do proletariado que, com a abundante mão de obra disponível no mercado em razão da substituição do homem pelas máquinas, passou a constituir uma classe de miseráveis, ensejando uma nova revolta que fez emergir o Estado moderno constitucional social, no início do século XX.

Nessa nova roupagem, juntamente com os direitos de primeira geração instituídos pelo Estado liberal, acresceram-se ao Estado os direitos de segunda geração, equilibrando de certa forma a balança. Foi nesse contexto que surgiram sindicatos, associações, entidades, agências estatais, modificação da legislação, criação do ministério do trabalho dentre tantas outras que fizeram com que o Poder Executivo se agigantasse e fosse alçado ao principal Poder político do Estado no lugar do Legislativo, continuando, ao menos nessa fase inicial, o Judiciário como um Poder esquecido.

Mas esse segundo modelo de Estado constitucional também era imperfeito. Foi então que o Estado social avançou ao Estado democrático, e o Judiciário passou a ganhar notoriedade na sociedade justamente por exercer seu papel de garantidor de direitos, sob o prisma constitucional, e não apenas mero repetidor da letra fria da lei, ensejando, com isso, uma nova fase de observação dos Poderes do Estado. Enquanto lá no início, durante o Estado liberal, o Poder Legislativo era absoluto em relação aos demais, e no decorrer do Estado social o Executivo assumiu esse papel em detrimento aos demais, foi no Estado democrático que o Judiciário conquistou seu protagonismo, depois de quase dois séculos de hibernação. Mas não de maneira a suplantar os demais Poderes, ao contrário, e sim de modo a equilibrar as funções com uma atitude participativa voltada para o

desenvolvimento do Estado e da sociedade.

Essa transformação contemporânea de proeminência do Judiciário coincidiu com a ampliação da capacidade jurisdicional diante da possibilidade de interpretação da legislação nos casos a ele submetidos, especialmente no controle de constitucionalidade da legislação produzida pelo parlamento para a preservação dos direitos nela insculpidos.

Em uma análise histórica, o Judiciário, assim, ao despertar, primeiramente buscou seu equilíbrio com o Legislativo. Por isso esse primeiro olhar da revolução jurisdicional está pautado para o direito, no controle das normas gerais e na criação das normas individuais. Há, dessa forma, uma equiparação na relação Legislativo (Estado liberal) *versus* Judiciário (Estado democrático). O Judiciário conquistou e reafirmou seu papel de garantidor de direitos ao resgatar a sua possibilidade de interpretar as leis, em sentido amplo, notadamente a partir de uma visão constitucional – a constituição deixou de ser uma carta meramente política para também se tornar um instrumento jurídico.

Mas a Jurisdição, enquanto função do Estado – e não especificamente o Judiciário –, continua desequilibrada em relação à segunda transformação ocorrida no desenvolvimento estatal. Foi nessa quadra que o Estado se agigantou, assumindo um papel verdadeiramente prestacional ao cidadão, conferindo, também, inúmeros direitos até então não disponível a maior parte da população. Toda essa transformação, absolutamente positiva na esfera da conquista civilizatória da humanidade, notadamente para o aumento do acesso aos direitos também por meio dos tribunais, acarretou, concomitantemente, uma sobrecarga de modo a praticamente colapsar o sistema de justiça do Estado.

Desde a metade do século XX, pouco tempo depois da retomada do crescimento da humanidade no pós-guerra, já se verificou que a prestação jurisdicional estatal não seria suficiente para enfrentar os dilemas jurídicos que emergiam dessa “nova” sociedade. Essa constatação ficou ainda mais premente após a publicação do “Relatório de Florença”, cujos resultados podem ser observados notadamente quando Cappelletti e Garth apresentam inúmeras

alternativas para a composição de litígios de maneira não estatizada. As ADRs, por exemplo, multiplicaram-se, ao ponto de “subverter” até mesmo a clássica lógica processual de “instrução e sentença”, inserindo oficialmente no campo do processo também elementos como a conciliação; as ADRs, e outras sugestões de melhoria, assim, não se limitaram ao campo privado.

Não obstante, essas e inúmeras outras soluções alternativas e adequadas para a solução de litígios, que tanto deram esperança para o desenvolvimento de uma Jurisdição mais adequada, também não apresentaram todos os resultados imaginados, e a Jurisdição estatal heterocompositiva inaugura o século XXI com os mesmos problemas, especialmente de morosidade e efetividade, ainda que com roupagens diversas. Essa é uma constatação que, não obstante ser ponto comum entre juristas, pode ser igualmente verificada sob a ótica da estatística; poucos Estados ocidentais democráticos conseguem prestar a Jurisdição de modo satisfatório.

Nessa senda, incontáveis soluções são apresentadas como maneira de reformulação da prestação jurisdicional, mas poucas delas tangenciam a ampliação dos órgãos públicos capazes de proferir decisões jurídicas definitivas e imunizadas pelos efeitos da coisa julgada. Em regra, essa é uma atividade desenvolvida com exclusividade pelo Poder Judiciário, sem nenhuma perspectiva de adoção de uma visão holística para além disso.

Nesse mesmo cenário, retornando aos preceitos históricos acerca do Estado social, o Executivo, que ganhou notável proeminência no período, diante das exigências de uma nova sociedade e de um novo Estado, multiplicou suas estruturas, justamente de modo a ofertar ao cidadão uma imensa gama de direitos, especialmente os de segunda geração, sem prejuízo daqueles que surgiram desde então, os quais incrementaram ainda mais o arcabouço administrativo público.

São incontáveis órgãos públicos que passaram literalmente a ordenar a vida das pessoas em sociedade, em um primeiro momento na relação entre o particular e o Estado – como observado no INSS ou no CADE –, e em um segundo momento na relação entre particulares – como ocorre em uma contenda no

PROCON ou em uma agência reguladora – onde não se consegue viver sem eles em um mundo burocrático absolutamente dependente do Estado.

Nessa imensidão de órgãos administrativos espalhados por todos os setores do Estado, obrigatoriamente se tomam decisões jurídicas sem, contudo, que elas tenham força suficiente para fazer coisa julgada, pois o Estado moderno se desenvolveu sob o dogma da inafastabilidade e unicidade da Jurisdição, o que significa que o Poder Judiciário poderá ser sempre acionado para dar a última palavra jurídica sobre a questão.

E é precisamente nesse campo estrutural que pode residir a transformação na forma da prestação da função jurisdicional estatal. A mudança da visão sobre a hierarquia piramidal dos órgãos públicos, que sob essa ótica estariam submetidos aos respectivos Poderes, é a chave para compreender que esses mesmos órgãos públicos estão submetidos à legalidade estatal, ao ordenamento jurídico, e não ao superior hierárquico, podendo, dessa forma, exercer parcela da Jurisdição do Estado de modo independente, para além do Poder Judiciário.

Esses órgãos serão denominados na presente pesquisa como Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural, que seriam competentes para a análise de conflitos jurídicos-sociais sem que haja necessidade de controle merital do Poder Judiciário. A atuação jurisdicional dos Órgãos Orbitais transcenderia os conflitos existentes entre particular e o Estado – como ocorre na Jurisdição dual –, e avançaria também para cuidar de situações envolvendo disputa jurídica somente entre particulares, fazendo emergir uma Jurisdição Plural – ou pluralista –, situada em um patamar diferente daquela verificada nas jurisdições una e dual – monista e dualista.

Os resultados do trabalho de exame dessa hipótese, que desaguam no objetivo geral da Tese que é a demonstração da possibilidade de ampliação dos órgãos jurisdicionais estatais para além do Poder Judiciário por meio de uma Jurisdição Plural, estão expostos na presente pesquisa, de forma sintetizada, como segue.

Os dados colhidos foram registrados primeiramente em **duas grandes**

partes: a **primeira**, preponderantemente descritiva, cuida, de maneira generalizada, da exposição da organização social para a resolução de conflitos “jurídicos”, desde a antiguidade até os dias de hoje, com especial destaque para o monopólio da Jurisdição a partir da formação do Estado moderno. A **segunda** parte é essencialmente propositiva, buscando justificar a possibilidade de ampliação dos órgãos jurisdicionais estatais para a formação da Jurisdição Plural. Cada uma dessas duas partes contém cinco capítulos, sendo **dez capítulos** ao total.

Cada um dos capítulos tem um objetivo específico disposto para dar suporte ao objetivo geral.

O **primeiro capítulo** da presente pesquisa aborda, de modo perfunctório, a evolução humana em sua era pré-estatal e a maneira de solucionar conflitos jurídicos-sociais por meio do direito e da “Jurisdição”, principiando na pré-história, passando pela antiguidade, pela idade média e culminando na idade moderna.

O **segundo capítulo** apresenta o nascimento e os elementos caracterizadores do Estado moderno considerados para aquela época: expõe inicialmente a sua sedimentação evolutiva, o possível pioneirismo de Portugal, seus elementos essenciais e a implementação da burocracia e da monopolização da força coercitiva diante da estatização da produção do direito e da Jurisdição – monopolização do “Poder”.

Sob a ótica da Jurisdição, especialmente no primeiro capítulo é possível observar como era o seu exercício durante a sociedade pré-estatal, e, a partir disso, extrair a ideia de resolução de conflitos como escopo principal da respectiva atividade, concepção que será melhor trabalhada no oitavo capítulo, que principia fazendo uma explanação sobre as finalidades da Jurisdição, abordando o seu viés político, jurídico e social, com o objetivo de encontrar um núcleo essencial para a função jurisdicional de modo a estabelecer uma nova classificação para a “reserva de Jurisdição”. A resolução de conflitos estaria contida na dimensão social da Jurisdição.

A partir do contido no capítulo segundo, é igualmente possível extrair

elementos que formarão, também no oitavo capítulo, as bases principiológicas das dimensões política e jurídica da Jurisdição.

É importante frisar, nesse ponto, que o mundo descrito nos dois primeiros capítulos era a realidade conhecida por Montesquieu ao desenvolver sua teoria sobre a separação dos Poderes na obra “O Espírito das Leis”, em 1748. A primeira revolução industrial, por exemplo, principiou na Inglaterra por volta de 1760, e a luz elétrica foi experimentada pela humanidade apenas em 1879, quando Edison conseguiu acender pela primeira vez uma lâmpada. Todo o conteúdo descrito na presente pesquisa nos capítulos seguintes é posterior à publicação da obra doutrinária maior de Montesquieu. Apesar disso, os dogmas concebidos nessa sociedade agrária ainda permanecem vivos na pós-modernidade.

O **terceiro capítulo** aborda a evolução do Estado moderno, que nasceu absolutista, passou a ser constitucional liberal, constitucional social e constitucional democrático, indicando, em cada etapa, notas pontuais sobre como a Jurisdição era observada nesse período.

Em complemento, nesse capítulo também são expostos os Estados ditatoriais contemporâneos: socialista soviético, fascista italiano e nazista alemão, que são essenciais para a presente pesquisa ao menos sob duas óticas: a primeira é para observar como são instituídos os tribunais de exceção a partir da existência de regimes totalitários; a segunda é que, o objetivo principal da separação de Poderes do Estado era evitar o despotismo e a tirania, desconcentrando as funções políticas da pessoa do governante, depositando a legislativa no parlamento e a jurisdicional nos tribunais, garantindo, assim, também a liberdade individual. Como nos narra a história, é possível perceber que não é a função jurisdicional que torna o Estado totalitário, mas sim o Estado totalitário é que torna a função jurisdicional tirana e o seu exercício ilegítimo. Dessa forma, em um viés histórico, os registros sobre os regimes ditatoriais servirão para embasar os fundamentos expostos no capítulo nono acerca da independência do julgador orbital, da unificação da Jurisdição estatal e da diferenciação dos Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural em relação aos tribunais de exceção.

O **quarto capítulo** expõe, de modo aprofundado, a sedimentação das dimensões do direito com a respectiva interlocução com o perfil do juiz e da função jurisdicional. Está dividido em cinco tópicos: o primeiro contém notas introdutórias; o segundo cuida do papel do juiz no Estado liberal e da primeira dimensão de direitos; o terceiro do juiz no Estado social e a relação com as duas primeiras dimensões do direito; o quarto item trata da postura do juiz e do escopo da Jurisdição nos Estados totalitários e o quinto expõe o perfil do juiz no Estado constitucional correlacionando a atividade jurisdicional com todas as dimensões do direito, finalizando com a abordagem contemporânea pontual sobre a Jurisdição supranacional e a mundialização da Jurisdição.

O **quinto capítulo** é uma reflexão sobre a insuficiência heterocompositiva jurisdicional estatal vivenciada na atualidade, possivelmente em todos os Estados constitucionais democráticos ocidentais. Há uma constatação absolutamente reconhecida no meio jurídico de que a Jurisdição, na forma como ela é atualmente prestada pelo Estado, é insuficiente para combater os problemas jurídicos da sociedade, tornando-a insustentável. Sem, de nenhuma forma, pretender esgotar as possíveis causas, nesse capítulo são lançadas apenas alguns pensamentos desenvolvidos a partir da pesquisa doutrinária, assim como dados estatísticos sobre a função jurisdicional estatal, especialmente a brasileira, mas não se limitando a ela.

O capítulo está subdividido em cinco tópicos. O primeiro deles aponta uma razão individual para o caos jurisdicional, a partir da análise do individualismo inimigo da cidadania na modernidade líquida. O segundo aborda um fator coletivo, consistente no descompasso entre as necessidades sociais contemporâneas expressadas pelos novos direitos em relação às antigas concepções estruturais em uma sociedade de risco. O terceiro indica uma limitação natural sobre a dissonância entre a velocidade das transformações sociais e a capacidade de resolução de conflitos pela via ortodoxa estatal. O quarto expõe um consectário lógico sobre a insustentabilidade da Jurisdição monopolizada pelo Estado sob a ótica da estatística processual. O quinto e último traz uma singela reflexão sobre a sustentabilidade da Jurisdição e a necessidade do ser humano enfrentar de maneira organizada seus problemas ambientais, inclusive sob o prisma, de um modo geral, do 16º objetivo de

desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU, introduzindo, ao final, a ideia da Jurisdição Plural, que será desenvolvida integralmente na segunda parte da pesquisa.

Essa primeira parte da pesquisa, preponderantemente descritiva, foi desenvolvida para sustentar, especialmente do ponto de vista histórico, as proposições que se pretendeu fazer na segunda parte. A importância dos dois primeiros capítulos consiste, além do conhecimento sobre a maneira como os conflitos sociais eram resolvidos por meio da “Jurisdição” antes da idade moderna, para compreender como o mundo estava organizado no momento em que Montesquieu entabulou a sua teoria sobre a separação de Poderes estatais na obra *O Espírito das Leis*. O objetivo foi o de registrar uma espécie de “fotografia”, em razão disso outros elementos pós-modernos estatais, por exemplo, não foram desenvolvidos naquele momento – vide, nesse campo, o Estado virtual estônio descrito somente no último capítulo.

Daquela forma era o mundo naquela época, que experimentava a sua primeira revolução industrial. E grande parte das instituições atuais, especialmente as públicas, ainda sobrevivem pautadas em uma realidade criada pela sociedade agrária pré-moderna. Os três capítulos seguintes demonstram o quanto o Estado e a Jurisdição mudaram desde então, possibilitando a reflexão acerca da necessidade de mutação e desapego às tradições e dogmas que nos prendem ao passado e impedem uma evolução para o futuro. Hoje, apenas a título comparativo, estamos atravessando a quarta revolução industrial – enquanto Montesquieu viveu antes da primeira.

Não se pode olvidar, nesse contexto, que a Jurisdição, ao menos desde a criação do Estado moderno constitucional, é uma função pública, uma atividade desenvolvida pelo Estado. Diante disso, para tratar de Jurisdição, é igualmente necessário expor elementos essenciais do Estado. Por isso, a abordagem da primeira grande parte da pesquisa versou tanto sobre o Estado como sobre a Jurisdição.

Apesar disso, não se pretende reescrever uma teoria política sobre o

Estado, não obstante os elementos aqui desenvolvidos possam, de alguma maneira, contribuir ou incentivar o desenvolvimento de um olhar diferente para as funções e órgãos estatais, notadamente sob a perspectiva da Jurisdição, tratada, por vezes, dentro dessa teoria política, de um modo mais superficial do que as funções “políticas” executiva e legislativa.

A **segunda grande parte** da pesquisa trata da exposição da Jurisdição Plural proposta na presente Tese.

A Jurisdição Plural, em linhas gerais, consiste em uma espécie de evolução aos dois modelos de Jurisdição atualmente conhecidos nos Estados constitucionais democráticos, “una” ou “dual”. Na Jurisdição una, cabe somente ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional do Estado; na dual, além do Judiciário, outros órgãos públicos exercem igualmente Jurisdição, para dirimir conflitos jurídicos entre o Estado e o particular (*intraneus vs. extraneus*), um modelo também conhecido como Jurisdição administrativa ou francesa. Na Jurisdição Plural outros órgãos públicos, para além do Poder Judiciário, também desenvolveriam função jurisdicional, mas não se limitariam ao enfrentamento dos processos envolvendo o Estado, podendo dirimir igualmente conflitos jurídicos entre particulares (*extraneus vs. extraneus*).

Essa proposta foi preliminarmente desenvolvida no **sexto capítulo**. O sexto capítulo principia demonstrando a dificuldade em se conceituar operacionalmente a categoria Jurisdição, concluindo que, para o Estado moderno, o mais importante é saber quais são os órgãos que desenvolvem a função jurisdicional, não se apegando tanto à definição diante do respectivo conceito polissêmico.

Além disso, o sexto capítulo expõe as famílias de tradição jurídica existentes no mundo, a *civil law*, a *common law* e os direitos socialistas, assim como a subclassificação da Jurisdição una e dual. Também aborda os sistemas jurídico-administrativos existentes no mundo, como uma maneira prévia de ensinar a reflexão sobre como esses procedimentos administrativos são custosos, tanto ao Estado quanto ao particular, e que, com poucas adaptações, eles poderiam se

integrar formalmente à função jurisdicional estatal. São nesses órgãos públicos, em regra subutilizados, especialmente nos Estados que adotam a *civil law* como modelo jurisdicional, que está concentrada a gênese da Jurisdição Plural: a transformação de alguns desses órgãos administrativos em jurisdicionais a partir da inserção de determinadas características – sem prejuízo da criação de outros.

O capítulo encerra abordando os órgãos “quase-jurisdicionais” amplamente existentes da *common law*, como modelo de Órgão Orbital que poderia ser transformado em jurisdicional para compor a Jurisdição Plural. Além disso, descreve o Tribunal das Águas de Valência, um interessante e peculiar órgão jurisdicional situado fora do arcabouço estatal, reconhecido constitucionalmente, que resolve conflitos jurídicos provenientes da distribuição da água na região de Valência, na Espanha, há cerca de mil anos, de maneira absolutamente exitosa e eficaz, demonstrando que a Jurisdição pode ser desenvolvida plenamente fora das fronteiras estatais, concedendo maior suporte à proposta da Jurisdição Plural sobre a possibilidade de outros órgãos exercerem Jurisdição para além do Poder Judiciário, mesmo quando se trata da disputa entre particulares acerca de um bem indisponível.

É importante destacar, nesse contexto, que, apesar da Jurisdição Plural ser uma proposta aberta e passível de ser implementada em Estados adotantes da *common law*, ela está mais voltada à tradição romano-germânica da *civil law*. Isso porque na *common law* há costumeiramente outros organismos “jurisdicionais” alheios ao Poder Judiciário capazes de resolver definitivamente conflitos jurídicos em sociedade.

Esses órgãos da *common law*, conhecidos como “quase-jurisdicionais”, são habilitados para proferir decisões jurídicas dotadas dos efeitos da *res judicata* caso não haja impugnação judicial dentro de determinado prazo, inclusive em temas sensíveis e na relação exclusiva entre particulares; assim, suas decisões podem fazer coisa julgada, se em determinado lapso temporal não forem impugnadas e controladas pelo Poder Judiciário. Não obstante, como será demonstrado no decorrer na pesquisa, a Jurisdição Plural poderia fornecer mecanismos auxiliares para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da Jurisdição também nesse modelo.

Os quatro capítulos seguintes procuram justificar a proposta de ampliação dos órgãos públicos jurisdicionais: primeiramente sob a ótica da separação de Poderes; depois sob a reserva de Jurisdição e, por fim, a partir da independência e imparcialidade do órgão julgador. O décimo capítulo desenvolve mecanismos de integração entre a Jurisdição política do Poder Judiciário e a Jurisdição burocrática dos Órgãos Orbitais.

O **sétimo capítulo** trata, como mencionado, da Jurisdição Plural sob a ótica da separação dos Poderes do Estado. O capítulo inicia expondo os termos essenciais sobre Poder, Política e Estado, abordando, na sequência, os marcos histórico-evolutivos por meio de autores e eventos: Platão; Aristóteles; Maquiavel; Locke; Montesquieu, Estados Unidos e França, os dois últimos a partir das respectivas constituições. Em um terceiro momento, indica a leitura contemporânea acerca da separação de Poderes do Estado, utilizando como parâmetro: Kelsen; Canotilho; Grau; Zippelius, Häberle e Ferrajoli. Sem prejuízo dos autores destacados, outros nomes de expressão foram igualmente citados.

Essa exposição serviu para embasar uma releitura dinâmica sobre a separação de Poderes estatais, buscando fazer uma distinção, não substitutiva mas sim complementar, entre o Poder político e o Poder burocrático do Estado, para além da tripartição funcional tradicional. No Poder político estariam reservados os núcleos materiais e essenciais de cada uma das três funções clássicas: executiva, legislativa e jurisdicional, a serem exercidas de modo exclusivo pelos três Poderes organicamente divididos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). O que não estivesse contido no núcleo essencial, poderia fazer parte do Poder Burocrático.

O Poder burocrático, por sua vez, seria exercido pelos órgãos “subalternos” estatais. A releitura contemporânea, a partir dos autores citados, também permitiu alterar o posicionamento estrutural desses órgãos públicos, emergindo uma classificação diferente, transmutando a visão piramidal para a orbital – Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural. Ao final, procurou-se demonstrar a possibilidade desses órgãos reclassificados como “Orbitais” exercerem a função jurisdicional do Estado, observando uma reserva específica de competência e sendo dotados de independência para o exercício da função.

O **oitavo capítulo** trata da delimitação da competência de atuação jurisdicional dos Órgãos Orbitais, cujo exercício estaria restrito ao que não estivesse depositado no núcleo essencial da função jurisdicional. A tentativa de aproximação da definição do conteúdo do núcleo da função jurisdicional foi buscada a partir dos escopos da Jurisdição e da respectiva conjugação com critérios atinentes à reserva de Jurisdição *lato sensu*. Então, primeiramente, dividiu-se em três as dimensões da Jurisdição: política, jurídica e social. Com base nos escopos, ingressou-se na definição da reserva de Jurisdição, propondo uma classificação que resguardasse as competências do Judiciário enquanto órgão de Poder político. Assim, dentro da reserva de Jurisdição, haveria também uma reserva do Poder Judiciário, notadamente nas situações principiológicas e axiológicas que demandassem dele a prerrogativa da primeira palavra, de exercício exclusivo de Poder político, não alcançável, portanto, aos Órgãos Orbitais. A reserva de Jurisdição *lato sensu* seria composta pela reserva do Judiciário, reserva do Orbital e reserva residual de Jurisdição.

O **nono capítulo** aborda a independência do julgador orbital no exercício da função jurisdicional, sob dois aspectos. O primeiro deles é o jurídico, concedendo ao julgador garantias legais próximas as dos juízes para que se tornem independentes; não somente livres para decidir, mas especialmente desvinculados da administração e do “governo”, alterando a natureza da decisão jurídica de administrativa, voltada ao interesse público geral, para efetivamente jurisdicional, na esfera da garantia de direito individual.

O segundo é a independência sob o aspecto histórico. Além de expor os motivos que ensejaram o Estado moderno a adotar o princípio da unidade jurisdicional, os quais não impediriam, na atualidade, trilhar o caminho inverso para a ampliação dos órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário, nesse capítulo também são registrados dados históricos, dispostos em uma tabela, por onde é possível efetuar uma verificação preliminar distintiva entre um Órgão Orbital e um tribunal de exceção.

Nesse ponto, tendo em vista que normalmente os tribunais de exceção contemporâneos normalmente advém de Estados totalitários – e os regimes

monárquicos despóticos estão concentrados em uma etapa evolutiva mais distante – , as exposições sobre os regimes fascista, nazista e leninista dispostos na primeira grande parte da presente pesquisa foram de essencial importância para a compreensão e desenvolvimento comparativo realizado no capítulo em voga.

A pesquisa destaca, no **décimo capítulo**, mecanismos de integração entre a Jurisdição natural, prestada por seres humanos, e a artificial, desenvolvida com a ajuda da cibernética. O capítulo está dividido em duas partes.

A primeira trata da integração na Jurisdição Plural por intermédio de mecanismos humanos, notadamente a partir da utilização, de forma análoga, da ferramenta do reenvio prejudicial existente no direito da União Europeia. Em linhas gerais, o reenvio prejudicial é uma consulta que o juiz do Estado-membro europeu pode fazer ao Tribunal de Justiça da União Europeia para dirimir dúvida sobre a validade ou a interpretação do direito da União Europeia. De maneira objetiva, quando o juiz estatal – ou as partes –, durante a tramitação do processo na Jurisdição nacional, depara-se com dúvida sobre o direito da União, qualquer um deles pode efetivar a consulta ao Tribunal, ocasião em que o processo fica suspenso até que seja apresentada a resposta sobre o direito em tese, que se torna vinculativo *erga omnes*. O reenvio prejudicial é um mecanismo de integração entre a Jurisdição estatal e a supranacional da União Europeia. O Tribunal de Justiça não ingressa no mérito da demanda.

Esse mesmo instrumento foi adaptado para a integração entre a Jurisdição política do Poder Judiciário e a Jurisdição burocrática dos Órgãos Orbitais, especialmente para o enfrentamento dos *hard cases* e para o fechamento das lacunas eventualmente existentes nos ordenamentos jurídicos, notadamente em relação à execução de medidas acobertadas pela reserva do Judiciário. O reenvio prejudicial, portanto, assim como na União Europeia, não teria o condão ou o objetivo de exercer nenhum controle sobre a Jurisdição dos Órgãos Orbitais; ao contrário, seria ele um importante instrumento coparticipativo de integração auxiliar para que a Jurisdição seja efetivamente prestada, ultrapassando, também de certa forma, a triangular visão clássica sobre o processo, que prevê na relação processual autor, réu e um único juiz: por meio do reenvio prejudicial a sentença seria

multicêntrica.

A segunda parte do décimo capítulo cuida da Jurisdição do futuro, que já faz parte do presente, consistente na integração da Jurisdição Plural por mecanismos cibernéticos.

Principia essa segunda parte introduzindo noções essenciais sobre a quarta revolução industrial, conhecida como “4.0”. Avança correlacionando as novas tecnologias à função jurisdicional estatal, como, por exemplo, a inteligência artificial - IA (também IA forte e fraca, *machine learning* e *deep learning*), o *big data* (*analytics* e *jurimetria*), o *blockchain* e o *cloud computing*, conceituando cada uma das categorias e exemplificando de maneira prática a forma em que elas poderão ser empregadas na Jurisdição.

Traz à tona, nesse campo, novas concepções sobre *smart courts*, tribunais inteligentes que fariam uso efetivo das novas tecnologias como forma de mudar diametralmente a Jurisdição como atualmente é prestada, não apenas com relação ao acesso, mas especialmente na transmutação da forma síncrona analógica para julgamentos digitais *online* com formas assíncronas, destacadamente a partir da incementação das ODRs - *online dispute resolutions*. São expostos, além da concepção teórica sobre os novos tribunais *online*, também tribunais já existentes que adotam a IA em seu cotidiano, como os tribunais tecnologicamente inteligentes da China, os juízes robôs da Estônia e o Judiciário brasileiro 4.0.

A presente pesquisa finaliza com a abordagem sobre a Jurisdição Plural 4.0, trazendo dois exemplos práticos e correlacionando a tecnologia existente com a atividade futura dos Órgãos Orbitais no exercício da Jurisdição: o primeiro exemplo é um tribunal administrativo *online* existente no Canadá, na província de *British Columbia*, denominado *Civil Resolution Tribunal* – CRT. O CRT canadense é competente para decidir acidentes de veículos, pequenas causas, disputas condominiais e sociedade de ações cooperativas, e suas decisões são vinculativas e possuem força de ordem judicial, diferindo pontualmente de algumas características existentes nos Órgãos Orbitais aqui propostos.

O segundo exemplo seria a adaptação de plataformas *online* existentes no Brasil para a resolução de conflitos, como o “consumidor.gov.br”, mediante poucas alterações, para que pudessem exercer a função jurisdicional como uma espécie de tribunal *online*, de modo semelhante a outros exemplos citados dentro do capítulo.

Essa segunda grande parte da pesquisa expõe, assim, de modo geral, o surgimento dos Órgãos Orbitais na estrutura estatal, posicionando-os na esfera do Poder burocrático estatal, para a resolução de conflitos jurídicos burocráticos, respeitando a competência jurisdicional entabulada por meio da reserva do Judiciário, cujas decisões farão coisa julgada diante da independência do julgador orbital, que poderá se utilizar de mecanismos jurídicos humanos e cibernéticos para a efetivação de direitos em sociedade, procurando justificar, assim, como seria possível superar antigos dogmas existentes ainda hoje mas que têm origem na sociedade agrária pré-moderna e que em nada contribuem para a evolução da sociedade do século XXI.

Por fim, antes das Conclusões, há um atalho visual especialmente desenvolvido por meio de um organograma entabulado para a identificação do posicionamento dos Órgãos Orbitais na estrutura estatal, servindo, de certa maneira, como um extrato conclusivo visual da Tese.

O Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais serão apresentados os aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação, as quais, registre-se, encontram-se no contexto de cada um dos capítulos existentes na segunda grande parte da pesquisa – por isso serão apenas sintetizados nas Conclusões.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo; na fase de Tratamento dos Dados o cartesiano, e no Relatório da Pesquisa o dedutivo-indutivo. As Técnicas de investigação foram definidas pelo doutorando e por seus orientadores, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de

Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.¹⁷

Nesta Tese as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúsculo e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez. As notas de rodapé indicam a fonte consultada para o desenvolvimento da ideia, e em muitas vezes apresentam texto com informação complementar.

¹⁷ Sobre Métodos e Técnicas de Pesquisa vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-115.

PRIMEIRA PARTE

CAPÍTULO 1

RELATO HISTÓRICO SOBRE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E A RESPECTIVA FORMA DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS NA ERA PRÉ-ESTATAL

A ideia do primeiro capítulo da presente pesquisa é desenvolver uma breve introdução, sob a perspectiva humana-evolutiva, de modo cronológico, abordando elementos e marcos históricos acerca da forma como a Jurisdição foi exercida pelo homem, desde os tempos mais remotos até o surgimento do Estado moderno, sem, contudo, existir qualquer pretensão de esgotar o tema; a narrativa tem como principal objetivo a contextualização fática para a compreensão da atividade jurisdicional até então existente e que se tornou monopólio estatal no século XVIII.

1.1 PRÉ-HISTÓRIA

A história tem como objeto de estudo o homem, o ser humano e a sucessão temporal de seus atos¹⁸. Observando-se assim a sua respectiva evolução histórica, é possível nela constatar a divisão em diferentes períodos, iniciando com a pré-história, passando pela antiguidade, idade média e culminando na atual idade contemporânea.

¹⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014. p. 2. Observação: essa obra foi utilizada como principal parâmetro para o desenvolvimento desse capítulo. Muitas conclusões existentes no decorrer do texto foram obtidas a partir desse conteúdo.

A pré-história remonta desde o surgimento dos primeiros homens do planeta, *homo sapiens* evoluídos do *homo neanderthalensis* (homem de neandertal), até o surgimento da escrita (190.000 a.C. a 4.000 d.C.)¹⁹.

A idade antiga, primeiro período literalmente histórico, possui lapso temporal considerado desde a descoberta da escrita até a queda do Império Romano (4.000 a.C. a 476 d.C.). A idade média, por sua vez, foi percorrida entre a queda do Império Romano e a queda de Constantinopla (476 a 1453). A idade moderna foi cursada desde a queda de Constantinopla até a Revolução Francesa (1453 a 1789). E, por fim, a idade contemporânea está sendo experimentada por nós desde então. Essa escala evolutiva não acompanha necessariamente uma ordem cronológica temporal exata, com a divisão equânime de períodos de modo estanque, mas sim acontecimentos sentidos pelo homem que se tornaram responsáveis pela evolução humana social até então vivenciada e foram utilizados como marcos demarcatórios históricos para cada era.

Essa evolução humana por meio das eras e rupturas dos períodos históricos não aconteceu de forma abrupta; foi ocorrendo aos poucos e gradualmente transformando a cultura do mundo, podendo ser compreendida como “o processo pelo qual o homem acumula experiências que vai sendo capaz de realizar, discerne entre elas, fixa as de efeito favorável e, como resultado da ação exercida, converte em ideias as imagens e lembranças”²⁰. Em outras palavras, tudo o que é produzido pelo homem integra a cultura do homem.

Essa contextualização histórica, de modo geral e em breve esboço, além de nos situar na linha do tempo, serve também para analisar como se dava a resolução dos conflitos nos primeiros grupos humanos e nas civilizações que posteriormente se formaram, buscando compreender a maneira pela qual a

¹⁹ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. Tradução de Maurício Tamboni. São Paulo: Universo dos Livros, 2016. Título original: *The compact timeline history of the world*. p. 7.

²⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 4. In APUD PINTO, V. apud ARANHA, M. L. de A. Martins, M. H. P. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1986.

Sociedade²¹ se organizou e quem eram os responsáveis pelo exercício da “Jurisdição” em cada época de acordo com a sua respectiva organização.

Afinal, as controvérsias entre os integrantes do corpo social e a maneira como eram resolvidos os conflitos sempre existiram no seio de uma comunidade, confundindo-se, assim, a aplicação do direito por meio do exercício da Jurisdição com a própria história evolutiva do ser humano.

Se entendermos singelamente que o direito²² pode ser considerado um conjunto de regras que regulamentam uma sociedade, “todas as comunidades humanas que existem ou existiram no mundo – indiferentemente de quaisquer características que tenham – produziram ou produzem seu ‘Direito’”²³; e, por consequência, desenvolveram igualmente uma atividade jurisdicional. O direito, assim, não se confunde com a lei escrita, existindo, por certo, antes disso. Porém, só é possível “estudar História e, portanto, a História do Direito a partir do advento da escrita²⁴”.

Nessa seara, se direito e Jurisdição são institutos pré-históricos e existentes em todas as comunidades humanas, o cargo de juiz pode ser considerado a função jurídica mais antiga da evolução humana – anterior, paradoxalmente, inclusive ao próprio legislador²⁵ –, cuja autoridade era lastreada

²¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 169, em nota de rodapé, propõe a grafia da categoria Sociedade com a primeira letra em maiúscula, para lhe conferir o mesmo *status* linguístico que é dado à categoria Estado.

²² “No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashanti* na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, sem ano de publicação. Título original *General Theory of Law and State*. p. 428.

²³ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 7.

²⁴ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 7.

²⁵ “[...] es muy posible que el juez surgiera en la Historia del Derecho antes que el Legislador aunque ello pueda parecer una paradoja”. ALGAZA VILLAAMIL, Óscar. **Comentario Sistemático a la Consitución Española de 1978**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 541.

nas sociedades primitivas como um agente da comunidade. Nos primórdios, quando não havia mecanismos para a execução das decisões do juiz, quem atuava como força policial era a própria comunidade.²⁶

Assim ocorria na fase inicial ou primitiva dos ordenamentos jurídicos, onde os litígios eram resolvidos²⁷ sem sujeição às regras gerais formuladas abstratamente - sem legislação - e as regras ou normas surgiam da solução dada ao caso concreto, que prefigurava a que havia sido aplicada aos casos anteriores iguais. Não havia, em consequência, uma clara diferenciação entre a função de formular abstratamente as regras e aplicar as regras, senão que as normas surgiam da resolução dos casos e o juiz era ao mesmo tempo criador e produtor de normas jurídicas através das sentenças que proferia.²⁸

A separação entre a função de normatizar e aplicar a normatização é própria de ordenamentos jurídicos com certa complexidade²⁹ e com diferenciação funcional e orgânica de funções, e nessa esfera primitiva a que se alude só teria pleno sentido, no que se refere ao juiz, para diferenciar entre aqueles casos em que se cria o precedente, regramento para a tomada de decisões posteriores com a mesma acepção, e aquele em que se decidia seguindo os precedentes anteriormente estabelecidos, aplicando a regra que deles resultava; ambas funções, sem embargo, unificam-se em um mesmo órgão.³⁰

²⁶ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 20. Citando Shirley.

²⁷ “Há basicamente quatro formas históricas de resolução de conflitos: autodefesa, autocomposição (na qual também estão incluídas a mediação e a conciliação), arbitragem e processo. Essas formas são, regra geral, apresentadas nessa ordem. É, no entanto, prudente salientar que essa é uma sequência lógica, e não necessariamente cronológica”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.

²⁸ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. Madrid: Ministerio de Justicia. Sem ano. p. 40.

²⁹ Embora o “generalizado reconhecimento da necessidade do processo em qualquer sociedade, o qual está presente mesmo nas sociedades mais rudimentares, ainda que de forma correspondentemente rudimentar”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191. p. 214.

³⁰ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 40.

Adentrando à esfera específica do período antecedente ao descobrimento da escrita, a **pré-história** consistiu em um longo e rico caminho de evolução jurídica percorrido pelos povos que habitaram o planeta à época, onde o homem se relacionava diretamente com a natureza procurando as invenções primárias, desenvolvendo ferramentas elementares e criando os primeiros espaços comunitários, para o qual há poucos registros aptos a embasar cientificamente qualquer asseveração.

O que se sabe, muito em razão do que foi documentado pelos seres humanos que utilizaram pela primeira vez a escrita, é que o direito dos povos que os antecederam contava com diversos institutos e conceitos jurídicos como, por exemplo, “casamento, poder paternal ou maternal, propriedades, contratos (ainda que verbais), hierarquia de poder público etc³¹”.

Os povos sem escrita, ou ágrafos, além da sua multiplicidade, habitaram os mais diversos rincões da Terra nessa era pré-histórica, sendo impossível tecer qualquer afirmação sobre suas características que não de maneira generalizada.³²

Acredita-se que o *homo sapiens* percorreu grandes distâncias do planeta, viajando inclusive entre os mares, até que grande parte da Terra, como conhecemos hoje, estivesse ocupada. “Talvez 10 milhões de pessoas vivessem espalhadas por todo o mundo por volta de 20 mil AEC”³³.

³¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 7.

³² “Quando falamos no direito dos povos sem escrita, temos enorme dificuldade em conceitua-lo, já que com base em estudos arqueológicos é possível reconstruir os vestígios deixados pelos povos pré-históricos, como moradias, armas cerâmicas, rituais etc., com os quais é possível determinar a respectiva evolução social e econômica. Mas o direito requer, além desses itens, o conhecimento de como funcionavam as instituições na época em questão, o que é deveras difícil de se reconstruir. Podemos dizer que essa ‘pré-história’ do direito escapa quase inteiramente ao nosso conhecimento? Não, tendo em vista que, no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições jurídicas já existem, mesmo que ainda misturadas com a moral e com a religião, como o casamento a propriedade, a sucessão, o banimento etc”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 53.

³³ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 8. Observação: AEC significa antes da era comum (EC), instituído pelo calendário gregoriano. Coincide e é sinônimo de “Era Cristã”, mas deixa de utilizar a religião como marco histórico. “20 mil AEC” significa 20.000 a.C.

Em linhas gerais³⁴, eram relativamente diversificados, fazendo com que cada comunidade produzisse o seu direito. Eram numerosos, vivendo cada comunidade de maneira isolada no tempo e no espaço; os parcos contatos com outros grupos giravam em torno da beligerância. Eram dominados pela religiosidade, e praticamente todos os fenômenos eram por meio dela explicados, fundamentando, da mesma forma, todas as regras jurídicas. Por fim, eram também abstratos, e, por serem povos sem escrita, as regras deviam ser decoradas e transmitidas de pessoa para pessoa.³⁵

A fonte de cognição do direito dos povos sem escrita era fundamentalmente o costume³⁶ e, nas comunidades em que se é possível distinguir pessoas que exerciam algum tipo de Poder³⁷, impondo regras de comportamento, as ordens por eles emanadas detinham caráter geral e permanente. Também era fonte do direito o precedente, pois os “líderes” – e também “juízes” –, consistentes, em regra, em “chefes”, “curandeiros”, “feiticeiros” ou “anciões”, tinham por hábito, “voluntária ou involuntariamente, aplicar soluções já utilizadas anteriormente³⁸” aos novos casos.³⁹

Por isso, “as fontes jurídicas primitivas são poucas, resumindo-se, na maioria das vezes, aos costumes, aos preceitos verbais, às decisões pela tradição,

³⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 54/5.

³⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p.8.

³⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 55.

³⁷ “É inegável, portanto, que a filosofia por detrás da limitação do poder e da dignidade humana sempre fez parte da consciência humana. Logicamente, nas sociedades mais antigas, a noção de liberdade não era igual à que se tem hoje, pois se aceitava, por exemplo, a escravidão sem maiores questionamentos. Do mesmo modo, a noção de igualdade era substancialmente diferente, sendo a mulher, em muitas sociedades antigas, equiparada a animais ou a objetos – ou nem mesmo isso”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 31.

³⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 9.

³⁹ “A relação entre poder e direito costuma ser traduzida pela relação entre o macro e o direito positivo. Fruto de pré-concepções ideológicas e teóricas, a identificação do direito com o direito estatal e do poder como expressão da força do Estado possui suas origens na formação do Estado moderno e nas concepções positivistas de direito que, por intermédio das teorias jurídicas estatistas, arraigaram-se no imaginário jurídico. Tais concepções, alheias a forma de expressão de poder que não o do Estado, negligenciaram as relações presentes na sociedade e as normatividades não prescritas em lei. [...] a virada antropológica contribuiu para o reconhecimento da existência em ‘sociedades primitivas’ de juridicidade independente da existência de estados ou direito escrito, abrindo a possibilidade para que a antropologia passasse a observar não apenas o exótico, mas sua própria cultura, também exótica à sua maneira”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 40.

etc". A fonte mais importante para o período pré-histórico foram os costumes, consistentes na "expressão direta, cotidiana e habitual dos membros de um dado grupo social".⁴⁰

Com relação aos preceitos verbais, eles eram proferidos pelos chefes das tribos ou clãs⁴¹, que se impunham pela autoridade e pelo respeito que desfrutavam. Esses chefes, ao lado dos "curandeiros", "feiticeiros" ou "anciões", eram responsáveis também por dirimir os conflitos, tomando decisões resolutivas que, em regra, seguiam o "precedente judiciário".⁴²

Seria um equívoco, assim, afirmar que nas sociedades simples e sem Estado não havia ordem, pois, apesar de não possuírem as mesmas estruturas das sociedades complexas, compostas por arcabouços jurídicos normativos e instituições burocráticas, outras instituições assumiam a função de polícia e de julgamento.⁴³

Nesses primórdios, o principal controle era exercido pela própria família, em uma dupla função de educar e sancionar. Em regra os desvios de conduta eram espontaneamente punidos no seio familiar e prescindiam da intervenção dos "juízes", cujas atuações eram reservadas para questões mais graves e que atingissem a comunidade como um todo. Situação semelhante ocorria diante de pequenas transgressões situadas na esfera privada dos indivíduos. A comunidade, de forma geral, via-se obrigada a sancionar o indivíduo somente depois que ele persistisse com o comportamento disruptivo mesmo após o sancionamento

⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 7.

⁴¹ "Independentemente do sistema adotado pela sociedade chega-se sempre, pela ampliação dos laços consanguíneos, à formação de grupos relativamente extensos – os clãs. É neles que há origens comuns e, dessa forma, identidade cultural, o que facilita a unificação. [...] Nos clãs surgem inúmeras instituições de direito privado, como o casamento, a sucessão do chefe, a adoção etc". MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 56/7.

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 7.

⁴³ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 61.

familiar.⁴⁴

Atuaria, a partir de então, o “juiz”; mas para os casos mais drásticos, normalmente havia um “conselho de anciões”, composto pelos sábios ou pelos chefes das famílias, tribos ou clãs, que representavam o poder do saber e da experiência. Em todo caso, contudo, as sanções e punições eram dotadas de caráter restaurativo, e não punitivo⁴⁵, contrariamente ao que verificamos na atualidade.⁴⁶

Essa era uma característica das sociedades simples, diametralmente diferente dos usos da sociedade complexa, que normalmente procura transferir ao Estado a responsabilidade pela educação e pela sanção dos seus integrantes, esvaziando a família enquanto instituição.⁴⁷

Os juízes e as instituições especializadas em julgar e “punir” nessa época vão se desenvolvendo aos poucos e crescem juntamente com o surgimento da acumulação de riquezas, como a propriedade, e os problemas ocasionados com a distribuição das heranças, conforme o direito sucessório, emergindo, como mencionado, a figura do juiz na posição jurídica central da comunidade, notadamente proferindo julgamentos a partir da aplicação do direito consuetudinário.

Não obstante, quando começaram a destacar os juízes nas sociedades simples, especialmente os sacerdotes e os feiticeiros desenvolveram sua arte ao ponto de dominar toda a comunidade através da religião, apropriando-se, normalmente nesses casos, dos cargos que antes estariam disponíveis, por

⁴⁴ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 61 e 62.

⁴⁵ “Nas sociedades primárias, não existem prisões, nem hospícios, nem instituições de reabilitação, nem tribunais, nem poder suficiente para julgar ou condenar se a coletividade assim não o desejar. Em princípio, todo comportamento indesejado é tratado como doença, ao invés de a doença, inclusive, ser tratada como crime. Toda justiça é restaurativa e a maioria das sanções é espontânea”. ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 76.

⁴⁶ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 62, 63 e 65.

⁴⁷ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 62.

exemplo, aos sábios anciões, em um processo de dominação que principiou na pré-história e encontrou seu apogeu na idade média, quando então igreja e Estado caminharam absolutamente de mãos dadas durante a inquisição, quando não se imiscuíam ou se confundiam na mesma pessoa.⁴⁸

Em razão da religiosidade do direito arcaico, por ser objeto de veneração e respeito, traduzindo-se o costume como a verdadeira expressão da legalidade, dificilmente o homem primitivo questionava a sua aplicabilidade, permitindo que os “sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis⁴⁹” – “uma casta, ou aristocracia, ‘investida do poder judicial era o único meio que poderia conservar, com algum rigor, os costumes da raça ou da tribo’⁵⁰”.

É possível constatar, nesse diapasão, que esses líderes, destacadamente os religiosos, eram os juízes da época, exercendo a magistratura de forma plena. Esse, portanto, pode ser considerado o primórdio da Jurisdição.

Há, dessa forma, uma variedade de modelos pré-históricos, não obstante todos desenvolverem a Jurisdição de modo semelhante a partir da religião, do esoterismo e do costume. Observa-se nessa seara desde relíquias de civilizações arcaicas sem juízes mas com uma comunidade que age após prolongadas conferências e decide por intermédio de uma solução apontada por um ritual, até a existência de uma única figura decisória central, seja ela um líder, curandeiro, feiticeiro ou ancião.

Ainda desde a antiguidade, há exemplos de sociedades segmentadas fundadas sem a existência de um Estado em que o direito da vindicta é aplicado, havendo uma espécie de arbitragem para a solução de controvérsias. Na ordem histórica de acontecimentos, a sociedade agrária, por exemplo, considerava mais útil

⁴⁸ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 66.

⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, org. **Fundamentos de História do Direito**. p. 4.

⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, org. **Fundamentos de História do Direito**. p. 5. In APUD SUMMER MAINE, Henry. **El derecho antiguo: parte general**. Madrid: Alfredo Alonso, 1983, p. 18-19.

delegar a resolução dos conflitos para fora de seus campos, transferindo-os para uma espécie de “domínio público”, como forma de neutralizar e controlar o indivíduo longe da capa protetora da família, emergindo a partir de então um “juiz independente dos clãs, seja ele um ‘chefe’ ou um rei, que assume a função de regulamentação das associações étnicas mais importantes”.⁵¹

Já nas primeiras civilizações urbanas, inclusive na Mesopotâmia, antigo Egito e Israel, era possível observar “um poder judicial desenvolvido. O governante da cidade ou o faraó, o conselho superior ou um sacerdote dotado de direitos judiciais é autoridade suprema dos tribunais”.⁵²

Em linhas gerais, o quadro sinótico abaixo, desenvolvido por Rocha ao final da sua obra, expõe a situação da Jurisdição nas sociedades simples e complexas com bastante propriedade. É interessante perceber nesse quadro evolutivo que enquanto na comunidade simples, sem órgão de poder, o feiticeiro xamã julgava seus semelhantes pela coerção da magia exercendo o prestígio extraído da própria natureza⁵³, na comunidade com complexidade mínima os chefes, anciões ou sacerdotes pautavam esse mesmo poder na religião, como forma de convencimento pessoal, e sua autoridade provinha da sabedoria e da experiência, porquanto na comunidade complexa, onde presente o poder do Estado, o juiz era o chefe político ou o sacerdote que se utilizava de leis formais derivadas do poder da igreja ou do Estado para fundamentar suas decisões.

⁵¹ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. Lisboa: Instituto de História do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 22.

⁵² STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 22.

⁵³ “Nas sociedades primárias, mesmo quando ‘algum poder’ dissuasório ou coercitivo se faz necessário, como no caso da educação das crianças, planejamento da atividade econômica, rituais e festas, ou no julgamento de comportamentos disruptivo, mesmo nestes casos, o estranhamento à concentração e acumulação de poder é imediato, e a criação de alguma entidade exterior à comunidade é imediatamente desvalorizada, ridicularizada e banida. A única exterioridade aceitável é a ‘mãe natureza’. Assim, seguindo os caminhos de Max Weber, preferimos dizer que nas sociedades primárias impera a advinha do prestígio, ‘holístico’ e ‘místico’ do feiticeiro, ou da ‘generosidade’ do chefe”. ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 66.

GRÁFICO 1: Quadro antropológico da Jurisdição ⁵⁴

Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
Sem Estado	Sem Estado	Com Estado
Sem poder	Com algum poder	Com poder
Comunidade simples	Comunidade com alguma complexidade	Sociedade complexa
1. Nômades – sedentários (caça/coleta)	1. Sedentarismo (caça-coleta-agricultura)	1. Sedentarismo
2. Reciprocidade forte	2. Reciprocidade fraca	2. Competição
3. Sem excedentes produtivos ou excedentes ocasionais	3. Excedentes da agricultura	3. Acumulação
4. Rituais	4. Festas	4. Diversão – busca de relacionamento
5. Planejar = agir	5. Planejar = agir	5. Planejar (capital) = agir (trabalho)
6. Oralidade (natureza)	6. Oralidade (costume)	6. Leis formais
7. Magia (coercitividade coletiva)	7. Religião (algum convencimento pessoal)	7. Teologia-política (verdade e ciência)
8. Feiticeiro-xamã (integração com natureza)	8. Chefe-ancião + feiticeiro-xamã-oráculo (oposição temporal x religioso)	8. Chefe político + sacerdote (convívio temporal-religioso)
9. Prestígio (extensão da natureza = doação)	9. Autoridade (sabedoria e experiência – proteção)	9. Poder (igreja e Estado – obrigação)

1.2 IDADE ANTIGA (4.000 a.C. a 476 d.C.)

A **idade antiga**⁵⁵ teve seu início com o advento da escrita⁵⁶, datado

⁵⁴ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil**: para uma filosofia antropológica do direito. p. 66.

⁵⁵ A narrativa que segue no texto foi desenvolvida a partir de: CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 11-26 tratando de Hamurabi; 27-42 tratando do direito hebraico; 43-64 do Código de Manu; 65-76 da Grécia; 77-115 tratando do direito romano.

⁵⁶ “Junto com o adensamento populacional que surge junto com as cidades, vem a necessidade de fiscalização, de recenseamento, ao mesmo tempo que a troca de informações é acentuada. A simples transferência oral de informações não é mais suficiente, há a necessidade de registrar os fatos – surge a escrita. A partir daqui já não são mais ‘povos sem escrita’”. MACIEL, José Fábio

aproximadamente 4.000 anos antes de Cristo, e perdurou até a queda do Império Romano ocidental (476 d.C.). Nesse período histórico as civilizações começaram a ser formadas, influenciadas pelo surgimento das cidades, da escrita e do comércio⁵⁷, como, por exemplo, destacadamente, os mesopotâmios, egípcios, hebreus, hindus, gregos e romanos – sob os quais se discorrerá a seguir.⁵⁸

Foi⁵⁹ possivelmente no crescente fértil⁶⁰, habitado pelos **mesopotâmios**⁶¹, atualmente onde está localizado o Iraque⁶², às margens dos rios Tigre e Eufrates, que surgiu o primeiro grupo de pessoas conceituados como civilização.

Nessa época e região o homem dividiu, pela primeira vez, as horas, minutos e segundos em sessenta, edificou grandes construções⁶³, criou as primeiras escolas, inventou a cerveja, o Estado e o governo, e, além disso e de modo mais importante, grafou em uma superfície uma série de símbolos que expressavam ideias, surgindo, assim, a escrita⁶⁴.

As primeiras cidades fundadas na Mesopotâmia se situavam ao sul, em uma região denominada Suméria, e se “transformaram em cidades-estados que

Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 59.

⁵⁷ “Três são os fatores históricos responsáveis pela transição das formas arcaicas de sociedade para as primeiras civilizações da Antiguidade: a) surgimento das cidades; b) invenção e domínio da escrita; c) advento do comércio”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 65.

⁵⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 55-82.

⁵⁹ Mesopotâmios, texto desenvolvido conforme: CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 11-26.

⁶⁰ Em razão da fertilidade dos rios que irrigam a região.

⁶¹ Os sumérios, um dos povos que habitou a Mesopotâmia, foi considerado a primeira civilização e criador da escrita.

⁶² Iraque, uma parte do Irã, Kuwait, Turquia, Síria e países circunvizinhos.

⁶³ Os sumérios adoravam uma série de divindades e de 2,5 mil a 500 AEC construíram grandes templos em torres de degraus conhecidos como zigurates. É provável que a lendária Torre de Babel tenha sido o zigurate do templo de Marduque, na Babilônia. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 12.

⁶⁴ Curiosidade: “A EPOPEIA DE GILGAMESH – Talvez o mais antigo texto do mundo (a primeira versão foi escrita pouco depois de 2 mil AEC), a epopeia descreve um rei que teria governado Uruk, na Mesopotâmia, por volta de 2,7 mil e 2650 AEC. As versões posteriores incluem a história de uma grande enchente e a construção de uma arca que permitiu a sobrevivência de uma família”. **A história compacta do mundo**. p. 12.

controlavam as regiões ao redor⁶⁵, tendo encontrado seu apogeu por volta de 2.500 anos antes de Cristo. O primeiro sistema de escrita foi desenvolvido inicialmente com base na pictografia⁶⁶, e, posteriormente, estilizado de maneira cuneiforme⁶⁷, em pedras e tabuletas de argila encontradas na região.

Em torno do ano de 2334 antes de Cristo, uma desconhecida cidade denominada Sargão da Acádia, localizada no centro da Mesopotâmia, conquistou a Suméria, passando então, a partir da junção cultural, chamar-se Acádia. Acádia e Suméria – que, apesar de conquistada, continuou com a mesma denominação –, por sua vez, foram conquistadas posteriormente por Hamurabi, rei da Babilônia (1792 a 1750 a.C.), criando um forte império – que depois foi derrubado pelos hititas (1590 a.C.).⁶⁸

Diante notadamente do surgimento da escrita na região, é natural que os primeiros conjuntos legislativos escritos tenham sido criados nessa localidade⁶⁹. Da era babilônica, o corpo de leis mais antigo que se conhece é o de Ur-Nammu (rei fundador da terceira dinastia de Ur - 2111 a 2094 a.C.), registrado em argila e do qual restaram pequenos fragmentos; outro exemplar dessa época consiste nas Leis de Eshunna; ambos foram reis que governaram cidades-estado do crescente fértil e seus nomes qualificaram os conjuntos normativos delas derivados. Ur-Nammu influenciou Eshunna e as duas serviram de base para Hamurabi.⁷⁰

Dessa normatização, é importante destacar que a questão da justiça era de absoluta importância para os sumerianos, verificado quando arqueólogos “revelaram, à luz do dia, milhares de tabuinhas de argila representando toda espécie de documentos de ordem jurídica: contratos, atos, testamentos, notas promissórias,

⁶⁵ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 12.

⁶⁶ Escrita primitiva em que se expressam as ideias por meio de cenas figuradas ou simbólicas.

⁶⁷ Escrita cuneiforme: feita com auxílio de objetos em forma de cunha.

⁶⁸ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 12.

⁶⁹ “Os mais antigos documentos escritos de natureza jurídica aparecem por volta de 3.100 a.C. no Oriente Próximo, tanto no Egito quanto na Mesopotâmia”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 65.

⁷⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 12..

recibos, acórdãos dos tribunais”⁷¹. Observa-se, assim, que naquela época já existia a jurisprudência, assim como Juízes que preferiam decisões jurídicas, e estas compunham o direito existente naquela sociedade.

Tratando especificamente do período de 1792 a 1740 a.C., encontra-se nele o código de Hamurabi⁷², consistente em um conjunto de leis organizadas e redigidas em escrita cuneiforme acádica, consistentes em 282⁷³ leis distribuídas em 46 colunas e 3600 linhas, gravadas em uma pedra de diorito negro de 2,25m de altura, 1,50 m de circunferência na parte superior e 1,90m na base.⁷⁴

O código de Hamurabi previa inúmeros direitos e deveres⁷⁵. Disciplinava desde a adoção, passando pelo direito consumerista, chegando até a responsabilidade civil do profissional liberal. Sob o aspecto penal, adotava a lei do talião⁷⁶, princípio ou ideia que afirma que a punição por meio da pena deve ser igual a do dano causado. E nessa acepção histórica, já era possível vislumbrar nele, de

⁷¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 12.

⁷² “O prólogo desse texto corresponde à base da autoridade (poder do Estado) e respectiva fonte (poder constituinte e poder constituído, em linguagem moderna), assim como à sua ‘legitimidade’. [...] ao primeiro exame se percebe tratar-se de um ordenamento jurídico, completo, a regular com precisão e mesmo, (em alguns casos) minúcias, temas que hoje em dia aparecem nos modernos códigos”. NOGUEIRA, Alberto. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 25.

⁷³ Curiosidade: A numeração vai até 282, mas a cláusula 13 foi excluída por superstições da época.

⁷⁴ “Os direitos cuneiformes nos legaram grandes códigos, como o de Hamurabi. Importante ressaltar que não devemos confundir com as atuais concepções de código. Nessa época, os códigos não representavam mais do que a compilação de casos concretos, sendo quase um relato deles, não havia a característica que marca os códigos a partir de Napoleão Bonaparte, ou seja, a divisão em uma parte geral e outra especial. Naquela época as leis ainda não possuíam as características de abstratividade e generalidade tão habituais aos sistemas jurídicos contemporâneos”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 75.

⁷⁵ “[...] o famoso Código de Hamurabi, imposto por volta do ano 1800 a.C., na Mesopotâmia, que consagrou a regra do “olho por olho, dente por dente”, já dispunha em seu prólogo, entre outras coisas, que seu objetivo seria “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”, o que está muito próximo da finalidade existencial dos direitos do homem. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 29.

⁷⁶ “A famosa ‘lei de talião’, hoje vista como conquista fundamental em face da garantia da liberdade corpórea, patrimonial e pessoal (na fórmula ‘olho por olho, dente por dente’), está assentada com absoluta precisão. Além dessa previsão, que se encontra no capítulo referente aos delitos e penas, outras matérias são minuciosamente disciplinadas, abrangendo a atividade profissional (corporações) de médicos, veterinários, arquitetos, barqueiros e armadores e acidentes de embarcações (arts. 215 a 240)”. NOGUEIRA, Alberto. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 26.

certa forma, “um catálogo de direitos fundamentais ao homem”⁷⁷.

O rei Hamurabi da Babilônia detinha grande habilidade política, e por meio de alianças mais do que dobrou seu território, assumindo “os títulos de rei de Sumer, rei de Acad, dei das Quatro Regiões, rei do Universo e, o mais interessante, ‘Pai de Amuru’ (*Amurru* significa Ocidente)”. Diante dessa diversidade cultural dos povos que estavam sob o seu domínio, Hamurabi empregou a língua, a religião e o direito como mecanismos de unificação.⁷⁸

Para a criação do seu código, utilizou toda a legislação anteriormente existente, e a aplicação dessa normatização foi “surpreendente e sem paralelos na história: mil anos depois de sua redação era aplicado ainda na Babilônia e em Nínive, por exemplo”⁷⁹. O mais importante nesse contexto foi que, para dar efetividade ao seu regramento, Hamurabi aperfeiçoou e remodelou a organização judiciária e o processo em si de uma maneira muito semelhante ao que observamos na atualidade – guardadas as devidas proporções.⁸⁰

Assim, extrai-se que antes de Hamurabi a Jurisdição era exercida nos templos pelos sacerdotes e em nome dos deuses. Posteriormente, começaram a surgir tribunais civis independentes do soberano, até que Hamurabi efetivou à justiça imperial supremacia sobre a sacerdotal, uniformizando sua organização, regulamentando o andamento processual e o sistema de provas.⁸¹

Dessa forma, é possível concluir que os juízes da época de Hamurabi eram, em regra, civis leigos, que utilizavam primordialmente a legislação escrita como fonte de direito, e não somente sacerdotes, que fundamentavam suas decisões unicamente na subjetividade do divino. Mas a mistura entre o sagrado e o profano ainda permeava os julgamentos, muito embora a justiça leiga tivesse

⁷⁷ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. 1 ed. 4 tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

⁷⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 14.

⁷⁹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 14.

⁸⁰ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 14.

⁸¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 14/5, citando novamente GIORDANI, M. C. A história da antiguidade, p. 155.

preponderância sobre a sacerdotal. “Um juiz podia ser um leigo, um sacerdote e até forças da natureza⁸², como nesse caso onde quem ‘julga’ é o rio⁸³” – em um sistema semelhante ao das ordálias medievais⁸⁴.

Além disso, a tramitação das ações seguia regras processuais anteriormente estabelecidas, com avaliação do requerimento inicial, produção de provas e sentença; o exercício da Jurisdição era organizado, e as decisões jurídicas que originavam os precedentes eram registradas por escrito em acórdãos que formavam jurisprudência, servindo de base para julgamentos futuros.

A sociedade da época era dividida em três classes sociais⁸⁵, tendo por base da economia a agricultura. A maior parte das terras era do governo. O comércio era forte, especialmente o externo. O pequeno comércio varejista estava concentrado nas mãos das mulheres. Após a morte de Hamurabi, sua dinastia se manteve por outros 150 anos, sendo sucedida por Cassitas.⁸⁶

Próximo desse período no tempo e no espaço, desenvolveram-se também os **egípcios**⁸⁷, desde 4.000 a.C. até 30 a.C., cujo período pode ser dividido em cinco: pré-dinástico (4000 – 3200 a.C.); dinástico (3200 – 2300 a.C.); antigo império (3200 – 2300 a.C.); médio império (2000 – 1580 a.C.), e; novo império (1580 – 525

⁸² “Pois a natureza é explicada pelo homem primitivo de acordo com o princípio da retribuição. Ele considera os eventos naturais apenas no que diz respeito à vantagem ou desvantagem a eles associadas e interpreta os eventos vantajosos como recompensa e os desvantajosos como punição a ele infligida pelos seres pessoais e sobre-humanos que imagina existir dentro ou por trás dos fenômenos naturais”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, sem ano de publicação. Título original *General Theory of Law and State*. p. 24.

⁸³ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 23.

⁸⁴ “Se um awilum lançou contra um (outro) awilium (uma acusação de) feitiçaria, mas não pôde comprovar: aquele contra quem foi lançada (a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o purificar aquele awilium e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele (a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador” - citação retirada do Código de Hamurabi.

⁸⁵ Três classes: 1) awilum: homens livres, ricos ou pobres; maior classe social; 2) muskênum: classe intermediária, formada por funcionários públicos, com direitos e deveres específicos; 3) escravos: geralmente escravos de guerra; a menor parte da população.

⁸⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 13-16.

⁸⁷ “É lamentável que o historiador do Direito não possua, no estudo do Direito egípcio, a mesma riqueza de fontes de que dispõe no exame dos direitos das cidades da Mesopotâmia. Nenhum texto legal do período antigo do Egito chegou ao conhecimento do homem moderno”. WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 36.

a.C.).

A organização dos egípcios, no tocante à resolução dos conflitos, não era muito diferente do que se observa nas demais comunidades. Inicialmente os julgamentos eram efetuados pelos líderes e, com a evolução da civilização, o poder passou a ser concentrado nas mãos do faraó: “todo o poder político era concentrado nas mãos do faraó, que era divinizado, confundido com o próprio deus⁸⁸” – o primeiro deles, Menés, inaugurou o período dinástico; a última, Cleópatra, encerrou o ciclo imperial egípcio.

Havia hierarquia social em que o faraó ocupava o topo, os sacerdotes, em razão do prestígio da função sagrada que exerciam, figuravam logo abaixo do faraó. Após surgia a nobreza, formada por parentes do faraó, os escribas, que tinham boa formação intelectual, na sequência os soldados, camponeses e artesãos, encerrando-se com os escravos.⁸⁹

A Jurisdição era organizada⁹⁰ pelo faraó: “era ele quem comandava o exército, distribuía justiça e organizava as atividades econômicas⁹¹”; o exercício da Jurisdição, especialmente em razão da origem divina, ocorria por meio dos sacerdotes, “sendo que eram as principais cidades que forneciam os juízes para o tribunal supremo responsável pelo julgamento dos crimes mais graves”⁹²; e também pelos escribas, que, por estudarem nas escolas do palácio, aqueles que atingiam melhor aperfeiçoamento poderiam ocupar cargos de destaque em sociedade, como “magistrados, inspetores, fiscais do trabalho ou de rendas públicas; eram eles

⁸⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 68.

⁸⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 67, além de consulta a outras fontes que, em razão da pandemia, não puderam ser confirmadas na revisão dos dados de pesquisa, diante do fechamento das bibliotecas públicas diante da pandemia.

⁹⁰ “Convém ressaltar, enfim, que a jurisdição era titularizada pelo faraó, que poderia, a seu critério, delegar funcionários especializados para a tarefa de decidir questões concretas. Em regra, esse funcionário era o vizir, que vinha logo abaixo do soberano na hierarquia política do Egito, e que era também o sacerdote da deusa *maat*”. WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 37.

⁹¹ ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. 11 ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 20.

⁹² MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 67.

também que coletavam os impostos, supervisionando toda a administração⁹³”.

Entre Egito e Mesopotâmia, no decorrer do período da antiguidade, estava situada a terra dos **hebreus**, povo de origem semita que inicialmente habitava território no crescente fértil e se deslocou até a região da Palestina, sedimentando-se na beira do mar mediterrâneo (2000-1800 a.C.).

Os hebreus⁹⁴ tinham a base da sociedade estruturada como se observava na maioria das comunidades, pois viviam da agricultura e do pastoreio de cabras e ovelhas, com um único diferencial: eram, ao que tudo indica, a única comunidade da antiguidade monoteísta, característica que moldou todo o seu desenvolvimento cultural não só do “povo escolhido”, como também da história da própria humanidade – a história desse povo pode ser vislumbrada com maiores detalhes no antigo testamento da Bíblia; o novo testamento é dedicado a parte dos hebreus que acreditavam que Jesus seria o messias apontado pelo antigo testamento. Por isso, “a bíblia é a principal referência para conhecermos a história do povo hebreu”⁹⁵.

Em razão disso, a lei era inspirada em Deus, e ir contra ela seria o mesmo que ir contra o próprio Deus, imiscuindo crime e pecado de modo indelével. Somente Deus poderia alterar o direito. “Os rabinos (chefes religiosos) podem até interpretá-lo para adaptá-lo à evolução social, entretanto, nunca podem modificá-lo”.⁹⁶

Estavam divididos em doze tribos, acompanhando o número de filhos de Jacó; onze delas cuidavam da agricultura e do pastoreio, enquanto a última delas, a tribo dos levitas, que não possuía terras, era responsável pelas funções sacerdotais. Além das tribos, haviam os estrangeiros e os escravos – ambos tinham diversos

⁹³ ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. p. 21.

⁹⁴ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 27.

⁹⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 72.

⁹⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 28-33; e SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 45-75. E a Bíblia Sagrada.

direitos assegurados.⁹⁷

Por volta de 1800 a.C., depois de um longo período de estiagem os hebreus foram obrigados a fugir para o Egito, e lá permaneceram até 1250 a.C. A partir de 1580 a.C., depois da expulsão dos hicsos do Egito, os hebreus passaram a ser perseguidos pelos egípcios. Em 1250 a.C., Moisés liderou o seu povo de volta à Palestina, em um episódio denominado pela Bíblia como êxodo (fuga).⁹⁸

Antes de chegar à terra prometida, os hebreus passaram 40 anos no deserto, e teriam então estruturado as bases de sua civilização, inclusive suas leis (lei mosaica, que teve como base moral os dez mandamentos⁹⁹). A torá, também chamada de pentateuco, é formada pelos cinco primeiros livros da Bíblia (gênesis, êxodo; levítico; números; deuterônomo), e nela é possível encontrar espessa normatização, especialmente no último de seus livros. Moisés teria sido o autor do pentateuco, datado, assim, do século XIII a.C.; doravante, a legislação mosaica evoluiu, notadamente depois que o rei da Babilônia, Nabucodonosor, conquistou o reino hebreu em 586 a.C., pois nesse período a elite social e religiosa hebraica foi transportada para a Babilônia e transformada em escravos.¹⁰⁰

Nesse período de exílio, a partir do contato dessa casta social com outras

⁹⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 28-33; e SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 45-75. E a Bíblia Sagrada.

⁹⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 28-33; e SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 45-75. E a Bíblia Sagrada.

⁹⁹ “Na vertente judaica (por natural ampliação, hebraica, por envolver outros povos da Judéia) é introduzido um novo ordenamento jurídico diverso do Código de Hamurabi, embora semelhante quanto ao processo de instituição e legitimidade (Poder Constituinte). Ali, o Rei Hamurabi disse o que ouviu da missão divina por ele recebida. Já agora, no *sagrado* Monte Sinai, Moisés recebe diretamente os Dez Mandamentos (O ordenamento jurídico) do Senhor Deus criador do Universo. Aqui já se percebe essencial diferença entre o Poder absoluto (recebido por Hamurabi) e o Poder/Dever de intermediação (Moisés recebe as Tábuas para apresenta-las como um ordenamento, mas sem que, com elas, se apresente como detentor do Poder)”. NOGUEIRA, Alberto. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 28.

¹⁰⁰ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 28-33; e SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 45-75. E a Bíblia Sagrada.

culturas, como a persa, grega e romana, houve a formação de um direito hebraico oral, que passou a atuar ao lado da legislação escrita mosaica, ainda que subsidiariamente e mesmo após a sua primeira codificação (*Michná*¹⁰¹).¹⁰²

Retornando ao pentateuco, observa-se em deuterônimo 16:18-20 o rigor com que era tratada a questão da Justiça, e os comandos proferidos aos juízes, tanto no tocante à imparcialidade quanto à lisura do julgamento, quando afirma que os juízes – e oficiais – devem julgar o povo com juízo de justiça, sem distorção ou acepção sobre pessoas, nem muito menos aceitará suborno, "porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. A justiça, somente a justiça seguirás; para que vivas, e possuas em herança a terra que te dará o Senhor teu Deus."¹⁰³

A mesma preocupação era registrada com relação às classes sociais consideradas inferiores, enaltecendo desde logo o princípio da isonomia e a igualdade entre todos, julgando igualmente o homem e seu irmão, e as causas entre estes e os estrangeiros, sem discriminação de pessoas em juízo, devendo ser ouvido tanto o "pequeno quanto o grande", sem temer a face de ninguém, porque o juízo é de Deus.¹⁰⁴

¹⁰¹ "Para guardar a fidelidade à Legislação Mosaica no uso da codificação nova, os séculos seguintes produziram discussões, interpretações e aprofundamentos do texto da *Michná* que deram origens às *Guemaras* que juntamente com a *Michná* e a própria Torá constituem *Talmud* (que significa estudo), que é o verdadeiro corpo da Legislação Hebraica". Na própria *Michná* havia disciplinamento da organização dos tribunais e dos processos. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 32.

¹⁰² CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 28-33; e SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 45-75. E a Bíblia Sagrada.

¹⁰³ **BÍBLIA**. Deuterônimo 16:18-20: "Juízes e oficiais porás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com juízo de justiça. Não torcerás o juízo, não farás acepção de pessoas, nem receberás peitas; porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. A justiça, somente a justiça seguirás; para que vivas, e possuas em herança a terra que te dará o Senhor teu Deus

¹⁰⁴ **BÍBLIA**. Deuterônimo 1:16,17: E no mesmo tempo mandei a vossos juízes, dizendo: Ouvi a causa entre vossos irmãos, e julgai justamente entre o homem e seu irmão, e entre o estrangeiro que está com ele. Não discriminareis as pessoas em juízo; ouvireis assim o pequeno como o grande; não temereis a face de ninguém, porque o juízo é de Deus; porém a causa que vos for difícil fareis vir a mim, e eu a ouvirei

Em deuteronômio também se encontra pela primeira vez descrito o princípio da pena de talião: “O teu olho não perdoará; vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé¹⁰⁵”.

Observa-se, por fim, a individualização da pena, não ultrapassando ela da pessoa do condenado (deut. 25,16); a não tipificação do homicídio culposo (deut. 19, 4-6); a necessidade de haver mais de uma testemunha do fato para se solidificar a prova (deut. 19,15), e a previsão do divórcio (deut. 24, 1), que passou a ser proibido somente depois do cristianismo. Os hebreus se destacavam, assim, em relação aos demais povos do oriente médio, na temática relativa aos direitos fundamentais¹⁰⁶, que por certo nessa fase evolutiva humana ainda dava seus primeiros passos.

Em razão de todo o contexto, notadamente diante do fato da religião praticamente sedimentar e ser a principal fonte do direito, a Jurisdição era exercida, no período patriarcal em cada uma das tribos formadas, por chefes religiosos. Os “rabinos”, assim, eram os juízes da época, agindo sozinhos, e não em colegiado, antes do retorno do exílio em Babilônia¹⁰⁷.

A partir da confederação entre as tribos, esse poder individual foi transferido a um tribunal formado pelos anciões (vide deuteronômio 21:19). O sistema judicial descrito em crônicas é análogo ao registrado em deuteronômio, sendo possível concluir pela existência de “tribunais locais formados por juízes especiais atuando junto aos anciões locais como um tribunal de primeira instância, enquanto que em Jerusalém havia um tribunal superior formado por sacerdotes, levitas e israelitas”.¹⁰⁸

Eram, em verdade, três os tribunais, cada qual com sua função: o “tribunal dos três” julgava alguns delitos e a totalidade das causas pecuniárias; o

¹⁰⁵ **BÍBLIA**. Deuteronômio 19:21.

¹⁰⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 34.

¹⁰⁷ SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 63.

¹⁰⁸ SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 62/3.

“tribunal dos vinte e três” julgava as apelações e os processos criminais relativos aos delitos apenados com a morte; e o “sinédrio”, ou “tribunal dos setenta”, que consistia na suprema corte dos hebreus e era habilitado ao julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades, tribos rebeldes assim como detinha a incumbência da interpretação do direito.¹⁰⁹

Afastando-se um pouco dessa localidade para ingressar no interior do atual continente asiático, onde hoje está situada a Índia¹¹⁰, proporciona-nos a reflexão sobre os **hindus** e o Código de Manu¹¹¹, desenvolvido também nesse período histórico – que é extenso: o Código de Hamurabi data cerca de 1500 anos antes do Código de Manu.¹¹²

Diferentemente da Mesopotâmia, a Índia tem somente duas zonas territoriais principais: a sul, na Península do Decão, e a norte, no continente. A região é bastante isolada, de um lado pelo Himalaia, e de outro pelos mares, dificultando a comunicação com outras civilizações. Em torno de 2500 a.C., os dravidianos, que ocupavam a região, dominavam técnicas agrícolas, como o plantio de arroz, que posteriormente foi difundida por toda a Ásia. Em 2000 a.C., os arianos, que conheciam a arte de trabalhar com o ferro e eram bons guerreiros, invadiram e dominaram a região. Da junção desses dois povos nasceu a sociedade hindu, cujas características permanecem presentes até a atualidade.¹¹³

O Código de Manu foi redigido no período compreendido entre 600 a.C. e 200 d.C., e é consubstanciado em um arcabouço de organização social e conduta individual que ultrapassa em muito o simples critério jurídico.¹¹⁴

¹⁰⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 72/3.

¹¹⁰ Vide, nesse contexto narrativo: MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 83-87.

¹¹¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 43.

¹¹² Narrativa de acordo com: CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 45-65.

¹¹³ Narrativa de acordo com: CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 45-65.

¹¹⁴ “Cerca de mil anos após os Vedas, várias das regras jurídicas vigentes na Índia foram compiladas e publicadas sob a denominação de Código de Manu – essa compilação, em substituição às leis

A sociedade hindu é, ainda hoje para quem se submete a esses preceitos religiosos, dividida em castas, que não admite mudanças “em vida” (dos membros superiores do deus Brahma saíram as castas superiores, dos membros inferiores as castas inferiores, que ocorreu com o surgimento do mundo); o nascimento determina a qual casta o indivíduo pertencerá durante toda a vida, devendo crescer e casar com alguém que pertença a ela. Poderia haver mudança de casta após a morte com a reencarnação, de acordo com o respeito ou não ao Código, para pior ou melhor.

São quatro as castas: a) brâmanes, como casta superior, exercendo funções relevantes em sociedade, como administradores, médicos e líderes espirituais; b) ksatryas: guerreiros; c) varsyas: comerciantes, que poderiam ser tão ricos quanto os brâmanes; d) sudras: a casta inferior, responsável pelos serviços em geral. Fora delas, estavam os chandalas ou párias, considerados impuros e responsáveis pelas tarefas mais degradantes em sociedade.

Apesar da casta mais elevada ser a dos brâmanes, era da classe dos ksatryas que saíam os reis. Os reis, de acordo com o Código de Manu, eram os juízes da época, exercendo na plenitude a Jurisdição, acompanhando, sempre, de um brâmane e de conselheiros, como se extrai do conteúdo da parte do código que trata da organização da justiça. Contudo, o exercício da Jurisdição no tocante aos brâmanes era limitado, pois “os brâmanes podiam mais do que o rei¹¹⁵”, sendo eles o “senhor de tudo o que existe”, conforme também disposto no Código.

Migrando para a região oposta, voltando para perto do leste do continente europeu, está situada a **Grécia**¹¹⁶, que nesse período histórico transcendia a simples delimitação territorial de onde atualmente o país está situado, firmando-se como uma região ou mesmo uma unidade cultural, com deuses, dialetos e hábitos comuns.¹¹⁷

orais, surge por volta de 600 a.C., sendo que Manu significa pessoa que ordena com a razão. É um código muito extenso, dividido em doze livros, com 2.567 artigos, escrito em sânscrito”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 85.

¹¹⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 45.

¹¹⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 65.

¹¹⁷ A narrativa que segue sobre a Grécia foi construída com base em: Flávia Lages de Castro.

Naquele período histórico, o significado da categoria cidade era diferente, podendo ser traduzido como uma “associação religiosa e política das famílias e das tribos¹¹⁸”, formando, dessa forma, cidades-estados, governadas não por homens, mas pelas leis¹¹⁹.

Entre 800 a.C. e 700 a.C., as cidades gregas tiveram grande desenvolvimento urbano, com progresso tecnológico, artesanal e comercial, culminando, também, na queda das monarquias e o início das legislações. Das inúmeras cidades gregas, merecem especial relevo Esparta e Atenas.

Esparta foi uma das primeiras cidades-estado, fundada no século IX a.C. por invasores dórios ao sudeste da península do Peloponeso. Incentivados pelas guerras, Esparta dominou, por volta de VIII a.C., grande parte da planície da lacônia.

Estava dividida em três camadas sociais. A primeira delas, dos esparciatas, pouco numerosa, era constituída pelos cidadãos espartanos, únicos dotados de direitos políticos. Eram dórios e filhos de pais espartanos, e exerciam as atividades políticas, de exército e possuíam grandes latifúndios.

Depois figuravam os periecos, pequenos comerciantes e artesãos que não tinham direitos políticos nem recebiam educação espartana. Quando convocados, tinham que servir ao exército e recolher impostos. Por fim, os hilotas, que eram escravos de propriedade do Estado, sendo submetidos à condição absolutamente degradante.

História do Direito Geral e do Brasil. p. 65-75; MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito.** p. 93-110; SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo.** In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito. Fundamentos de História do Direito.** 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 77-111. Conforme exposto anteriormente, não há proposta original do autor em nenhum dos cinco primeiros capítulos da presente pesquisa, sendo a narrativa ansolutamente descritiva e inspirada integralmente nos diversos autores citados.

¹¹⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil.** p. 65, citando COULANGES, F. **A cidade antiga.** São Paulo: Hemus, 1975. p. 106.

¹¹⁹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil.** p. 66, citando COULANGES, F. **A cidade antiga.** São Paulo: Hemus, 1975. p. 106.

Desde o nascimento, o esparciata era educado para viver para o Estado. Aos sete anos eram afastados dos pais e enviados a um grupo militar. Não podiam casar antes dos trinta anos, e somente aos sessenta, depois de se aposentarem do exército, podiam compor o conselho dos anciões. Não podiam exercer o comércio, atividade exclusiva das mulheres, que também recebiam o mesmo tratamento físico destinado aos homens para que pudessem educar seus filhos dessa maneira.

Do ponto de vista político, ainda quando subsistia a monarquia, o poder da diarquia (composta por dois reis) e da gerúsia (integrada pelos reis e por 28 cidadãos com idade superior a 60 anos) foi limitado pelo surgimento dos éforos: cinco magistrados escolhidos pela gerúsia e aprovados pela assembleia. Os éforos tinham mandato de um ano; suas funções eram vigiar os reis, cuidar da educação das crianças, fiscalizar a vida pública dos cidadãos e julgar os processos civis¹²⁰.

Depois do século VII a.C., com a queda da monarquia, a gerúsia – ou conselho de anciões –, passou a ser composta, então, por 28 gerontes, cidadãos com mais de sessenta anos eleitos por aclamação pela assembleia (apela), órgão consultivo integrado exclusivamente por esparciatas, poder este limitado, também, pelos éforos.

A Jurisdição, assim, era exercida pelos éforos, notadamente a civil, sem prejuízo das causas enfrentadas pela gerúsia, como tribunal superior da época.

Em Atenas¹²¹, por sua vez, por volta do século VIII a.C., o poder – monárquico e hereditário – era controlado pelos eupátridas. O rei chamava-se

¹²⁰ ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. p. 46.

¹²¹ “Atenas é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político – governo de leis, e não de homens – e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático. Ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 33

basileus e era responsável pela guerra, pela justiça e pela religião. Seu poder era limitado pelo areópago, um conselho de aristocratas. Com o passar do tempo, a monarquia perdeu força, e o poder passou a ser exercido pelo arcontado, amparado pelo areópago, que posteriormente também ficou enfraquecido, dando espaço para o surgimento de legisladores como Drácon¹²², que elaborou uma normatização rigorosa que, se não resolveu os problemas vivenciados pela sociedade do período, foi importante para a evolução do sistema jurisdicional “ao retirar dos eupátridas o controle da justiça e passa-lo para o Estado, que com isso se fortaleceu¹²³”.

Sólon sucedeu Drácon, e considerou a classificação dos grupos sociais como critério para a distribuição dos cargos políticos, assim, não obstante a aristocracia ter mantido seus privilégios na ocupação dos cargos públicos, teve que dividir a magistratura com os ocupantes das classes sociais emergentes. Mesmo a classe menos favorecida (thêtes) adquiriu o direito de participar da assembleia popular (eclésia) e do tribunal de apelação (heliteia).¹²⁴

Sólon abriu caminho para Clístenes, posteriormente, reformular a organização política de Atenas.

De todo esse contexto grego, o título de magistrado era concedido a um cidadão que exercia algum tipo de comando, civil ou militar, com atuação voltada ao interesse público. O magistrado (arké) poderia ser escolhido por eleição¹²⁵ ou sorteio, em caráter vitalício ou temporário, atuar individualmente ou em colegiado, a depender do período histórico e do sistema político vigente, se durante a oligarquia apenas representantes das classes dominantes, se na república, todos os cidadãos,

¹²² MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 106.

¹²³ ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. p. 47.

¹²⁴ No tocante ao sistema de justiça, a “função judiciária estava a cargo de 6.000 cidadãos escolhidos também por sorteio, seiscentos de cada tribo. A alta justiça, encarregada de julgar sobretudo se os atos públicos estavam de acordo com as leis, era exercida pelo Areópago, o antigo órgão aristocrático, composto por ex-arcontes”. ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. p. 49

¹²⁵ “Mesmo nas democracias diretas que encontramos entre as tribos germânicas e a Grécia antiga, o princípio democrático é consideravelmente restringido. Nem todos os membros da comunidade têm, em absoluto, direito de tomar parte nas deliberações e decisões da assembleia popular. Crianças, mulheres e escravos – onde a escravidão existe – estão excluídos”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 412/3.

mas certo é que nenhum deles dependia de conhecimentos especializados “em direito” – o foco do discurso jurídico grego estava voltado para a oratória e para a retórica – e atuavam somente na resolução das situações que eram submetidas à sua decisão¹²⁶.

O grego Aristóteles, em sua obra *A Política*, ao analisar o Estado então existente, no tocante às estruturas e o modo delas serem mais eficientes, traçou em breve esboço o que poderiam ser os tribunais de justiça, individualizando-os em oitos, de acordo com a matéria, e ressaltando que a sua composição poderia ser efetuada por eleição ou sorteio, ou em uma combinação entre essas formas.¹²⁷

De maneira pormenorizada¹²⁸, é possível afirmar que a administração da Jurisdição¹²⁹ estava organizada em dois grupos, o da justiça criminal, a cargo do

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

¹²⁷ “Das três partes constitutivas de cada Estado, só nos resta falar dos tribunais. Para conhecer-lhes a organização, empregaremos o método que já temos seguido. Os tribunais podem variar entre si em três pontos de vista diferentes: as pessoas, a natureza da causa, o modo de nomeação dos juízes. Trata-se de saber, quanto às pessoas que compõem os tribunais, se elas são escolhidas entre todos os cidadãos, ou apenas em uma certa classe; quanto à natureza das causas, quais são as diferentes espécies de tribunais; finalmente, quanto à nomeação dos juízes, se são designados por eleição ou por sorte. Começemos por determinar os números das diferentes espécies de tribunais. São em número de oito: o tribunal que julga agentes devedores; o que decide sobre delitos públicos; aquele que decide entre os simples particulares e os magistrados em casos de contestação de penas pronunciadas; aquele que se ocupa dos processos relativos a atribuições particulares, que tenham certa importância; além disso, o tribunal para os estrangeiros e o que toma conhecimento das acusações de homicídio. [...] É estritamente necessário que todos os cidadãos sejam convocados por sorte ou por eleição para julgar todos os casos de disputa cuja enumeração fixamos, ou que todos sejam por sorte para determinados casos, por eleição para outros, ou então é preciso que para determinadas causas os juízes sejam em parte eleitos, em parte designados por sorte. Eis, aí, quatro modos distintos. ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Lafonte, 2012. Tradução de Nestor Silveira Chaves. p. 180-190.

¹²⁸ SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 104-107.

¹²⁹ Os magistrados eram sorteados dentre os candidatos eleitos, renovados anualmente e não podiam ser reeleitos, o que impedia qualquer possibilidade de continuidade política (o que não acontecia com os estrategos). Os atenienses tinham diversos tipos de magistraturas, quase sempre agrupadas em forma de colegiado (normalmente dez por categoria), sendo o grupo mais importantes os arcontes. Estes também em número de dez (nove arcontes e um secretário) tinham nomes particulares, dependendo de sua atividade. O arconte propriamente dito dava seu nome ao ano e passou a ser chamado epônimo no período romano, cabendo-lhe regulamentar o calendário, presidir as Grandes Dionisiacas, instruir processos de sucessão e tutelar viúvas e órfãos. O arconte rei (*basileu*) tinha funções apenas religiosas e presidia os tribunais do Aerópago. O arconte polemarcho não era mais o chefe do exército, mas o responsável pelas cerimônias fúnebres dos cidadãos mortos em combate com o inimigo. Seis arcontes tesmótetas (*thesmothétai*) eram os presidentes dos tribunais e, a partir do quarto século a.C., passaram a revisar e coordenar anualmente as leis. O último arconte era o secretário (*grammateus*). Os demais magistrados,

areópago e dos efetas, e o da justiça civil, aos cuidados dos juízes dos demos, dos árbitros, dos heliastas e os juízes dos tribunais marítimos – conforme disposto a seguir.

Historicamente, coube ao “Estado” a missão de administração da justiça, constituindo a Grécia antiga, no modelo ateniense, uma exceção. “Como detentor da soberania, ao povo, e somente a ele, cabia administrar a justiça e resolver conflitos através de instituições populares e com característica adicional da ausência total de profissionalismo¹³⁰”.

Do ponto de vista da organização da justiça criminal, o areópago era o mais antigo tribunal de Atenas, instituído, conforme a lenda, pela deusa Atena para o julgamento de Orestes. Principiou como um tribunal pleno, aristocrático, para questões políticas e jurídicas, sendo esvaziado, após as reformas de Clístenes e Efialtes, até que, a partir do século IV d.C., passou a cuidar apenas do julgamento dos homicídios dolosos, incêndios e envenenamento, sendo formado por ex-arcontes. O tribunal dos efetas, por sua vez, era composto por 51 pessoas com mais de 50 anos de idade, designadas pelo areópago, para julgamento de homicídio involuntário ou desculpável, e as demais questões penais. Desdobrava-se em quatro: pritaneu, paládio, delfínio e freátis.

Na justiça civil, os juízes dos demos¹³¹ eram responsáveis por dirimir pequenos conflitos de menor complexidade de maneira célere. Os processos mais complexos, embora julgados em Atenas, contavam com o auxílio desses juízes para realizar, desde logo, a investigação preliminar. Essa atividade jurisdicional facilitava a vida dos moradores das “áreas rurais” de Atenas.

conhecidos também por magistrados secundários, ocupavam-se de atividades como: executar as sentenças de morte, inspecionar os mercados, os sistemas de água, o sistema de medidas e demais atividades relacionadas com a administração municipal. SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 104/5.

¹³⁰ SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 106.

¹³¹ As *demos* eram consideradas uma espécie de área rural, como subdivisão da Ática, região situada no entorno de Atenas, existentes desde o século VI a.C. mas que receberam especial relevo apenas depois das reformas organizacionais promovidas por Clístenes.

Os árbitros, por sua vez, podiam ser públicos ou privados – além dos juízes, havia, também, árbitros na Grécia antiga. Os privados eram escolhidos pelos litigantes em processos que corriam externamente aos tribunais como uma maneira mais ágil e econômica para dirimir os conflitos, em uma solução negociada sem possibilidade de recurso. Os árbitros públicos deveriam ter mais de 60 anos de idade e eram selecionados por sorteio; o processo também era mais célere e menos custoso, e das decisões cabia recurso.

A *heliaia* era um tribunal formado por 6.000 heliastas escolhidos anualmente pelos arcontes por sorteio, dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, e possibilitava que praticamente todos os processos fossem julgados por grandes júris populares. Os jurados eram remunerados. Por último, os juízes dos tribunais marítimos cuidavam dos processos envolvendo o comércio e a marinha mercante, “além das acusações contra estrangeiros que usurpavam o título de cidadão¹³²”.

O mais interessante sobre a Jurisdição da Grécia é que a literatura jurídica na época era fonte de instrução e prazer, e o direito devia ser aprendido e vivenciado por todos; as leis faziam parte da educação e uma das principais consequências disso é que os discursos jurídicos eram essencialmente persuasivos, porque todos os julgadores eram “leigos”. Havia uma disputa entre sofistas e filósofos, acarretando um arcabouço legislativo eminentemente retórico. Diante disso, não haviam advogados, promotores públicos ou juízes togados, “apenas dois litigantes dirigindo-se a vários jurados, que podiam chegar a centenas”. “Podemos considerar que os juízes, as partes e as testemunhas eram leigos, estando a Justiça nas mãos dos cidadãos, e não de profissionais especializados”. Diante disso, até mesmo os “juízes, leigos e membros de uma assembleia, podiam testemunhar quando tivessem conhecimento dos fatos”.¹³³

E nesse contexto, não obstante estarem na Grécia antiga as principais

¹³² SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 106.

¹³³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 99-100.

raízes do direito, “não havia juiz singular, responsável direto pelo processo, mas assembleias deliberativas, perante as quais as causas eram defendidas pelos próprios interessados”.¹³⁴

E, para concluir, no tocante ao Direito e as instituições jurídicas¹³⁵, o que se produziu na Grécia nesse período foi tão vanguardista que acabou por influenciar inclusive o direito romano¹³⁶, base do direito atual do mundo ocidental, com a criação, por exemplo¹³⁷, do júri popular, da atividade embrionária da advocacia por meio dos logógrafos, o reconhecimento da legítima defesa, do dolo e da culpa no crime de homicídio, da mediação e da arbitragem, da individualização da pena de acordo com a gravidade do delito, da retórica e da eloquência forenses.¹³⁸ Contudo, “os juristas romanos eram homens práticos, menos afeitos a questões filosóficas que os gregos¹³⁹”.

Superando a Grécia, foi a partir de **Roma**¹⁴⁰ que a magistratura passou a ganhar maior grau de complexidade, influenciada pela expansão territorial, integração com novos povos e culturas, aliadas às mudanças políticas e sociais que

¹³⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.100.

¹³⁵ “Os gregos não foram grandes juristas na acepção do termo, já que não se empenharam em construir uma ciência do direito, nem mesmo sistematizar as suas instituições de direito privado. Em compensação. Além de melhorarem as tradições dos direitos cuneiformes e transmiti-las aos romanos, entendiam que o direito devia fazer parte da educação de todo cidadão. Com isso, como todos deviam conhecer seus direitos e suas obrigações, não houve espaço para a profissionalização do direito, já que todos deviam estar aptos para enfrentar os tribunais. [...] O direito era consequência da noção de justiça que estava difusa na consciência coletiva”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 93.

¹³⁶ “No entanto, foi na Grécia Antiga que tivemos um maior desenvolvimento de um humanismo racional. É bem verdade que o humanismo pensado em Atenas era voltado unicamente para os seus cidadãos, sendo deixados à margem as mulheres, os estrangeiros e os escravos. Apesar disso, foi grande o avanço dos gregos no pensamento político e filosófico acerca dos direitos fundamentais, principalmente a respeito da liberdade e da igualdade do homem. [...] Atenas foi o berço do pensamento humanista racional na Antiguidade e influenciou, sobretudo, a cultura e as instituições romanas”. GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 34/5.

¹³⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 110.

¹³⁸ SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 109.

¹³⁹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 159.

¹⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

ocorreram durante séculos.¹⁴¹

Embora carente da necessária certeza, acredita-se que a palavra *magistratus* derivou de *magister*, que significaria chefe e individualizava alguém que recebia um mandato para agir em nome do povo, ocupando posição de revelo na organização política. Posteriormente surgiram diferentes magistraturas, como, por exemplo, magistrados patrícios e plebeus, eleitos pela respectiva classe social. O aperfeiçoamento do direito romano possibilitou que, para certas magistraturas, fossem escolhidos cidadãos detentores de conhecimento jurídico, não obstante se mantivesse a liberdade de escolha por meio de eleição.¹⁴²

A ideia de representatividade da magistratura durou até o início do período imperial, quando perdeu esse caráter, transmudando-se gradativamente até se consolidar na *longa manus* do imperador.

A extensa história de Roma¹⁴³ pode ser dividida ao menos em quatro partes, principiando com o período da realeza, datado desde a sua fundação, com os míticos gêmeos Rômulo e Remo, em 753 a.C., até 510 a.C.; república, de 510 a.C. a 27 a.C.; império, de 27 a.C. até a morte de Justiniano, em 566 d.C. O período imperial pode ser subdividido em alto império (27 a.C. a 284 d.C.) e baixo império (284 d.C. a 566¹⁴⁴ d.C.).¹⁴⁵

¹⁴¹ “Quando se estuda o direito grego normalmente o foco é a cidade de Atenas, já que é a sua tradição que será transferida aos romanos e, por eles, transmitida ao mundo ocidental. Exemplo é a laicização do direito e a ideia de que as leis podem ser revogadas pelos mesmos homens que a fizeram, elementos fundamentais de nossa tradição jurídica que Esparta e Atenas já compartilhavam. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 99.

¹⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. p. 11.

¹⁴³ Narrativa desenvolvida com base em: VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 131-167. ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 79-83.

¹⁴⁴ O império romano do ocidente perdurou até o dia 4 de setembro de 476 d.C., quando o último imperador de Roma, Flávio Rômulo Augusto, foi deposto pelos hérulos (barbáros), não obstante as regiões romanas situadas em outros lugares terem continuado sob o controle romano depois dessa data. O império bizantino, formado pelos romanos no oriente, cuja capital foi Constantinopla (Instambul), é considerado uma continuação do império romano dentro da idade média. Justiniano foi o rei dele entre 527 d.C. e 565 d.C., ano em que morreu; e, três anos após a sua morte, os

Seria impossível descrever tamanho enredamento sobre tudo o que Roma representou¹⁴⁶ para o desenvolvimento da humanidade¹⁴⁷, bastando, para o presente estudo, sintetizar como se dava, ainda que de maneira perfunctória, o exercício da Jurisdição¹⁴⁸ protagonizado pelos romanos. Afinal, o direito romano abarca mais de doze séculos de evolução¹⁴⁹, documentada abundantemente – “nele desfilam, diante do estudioso, os problemas da construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu¹⁵⁰”.

Ainda nos seus primórdios, antes de qualquer organização política, a família romana era constituída pelo pater, seus parentes, os parentes derivados destes e os demais estranhos que se juntassem ao núcleo. “A autoridade do pater família era absoluta: pontífice, censor dos costumes, juiz e senhor, com poder de vida e morte sobre todos os componentes do grupo” – esse poder familiar era inicialmente chamado de *manus*, depois passou a ser denominado de *majestas*.¹⁵¹

lombardos conquistaram, pouco a pouco, os bizantinos. Enquanto a queda do primeiro marcou a passagem da idade antiga para a média, a queda do segundo consistiu na transição da idade média para a moderna.

¹⁴⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.111-144.

¹⁴⁶ Vide: VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 137.

¹⁴⁷ “Mais de um milênio decorrido do Código de Hamurabi, surge um novo marco no campo dos Direitos Fundamentais [...]. Agora já se trata de outro tipo de sociedade, a antiga Roma, ainda não imperial, mas em processo de rápida construção, ou seja, na fase principiológica, bases para a estruturação do império em gestação – e respectivos Direitos Fundamentais. Ditas “Tábuas” cuidam de regras que para o sistema devem ser consideradas como Direitos Fundamentais na órbita judicial”. NOGUEIRA, Alberto. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 26.

¹⁴⁸ “A função que o juiz desempenhou no direito romano exige que o situemos nos processos que sucessivamente disciplinaram o julgamento dos litígios nas diferentes épocas: o processo das acções da lei (época arcaica), o processo das fórmulas (época clássica) e o processo da cognição extraordinária (épocas pós-clássica e justinianeia). p. 71 [...] A substituição do antigo processo das fórmulas traduz o abandono da administração da justiça por um (ou mais) juiz privado, embora actuasse sob a vigilância do Estado, através do pretor. Doravante, a administração da justiça é considerada função pública. p. 91”. JUSTO, António dos Santos. **A administração da justiça no direito romano**. In: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. Lisboa: Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 71 e 91.

¹⁴⁹ Ou 22 séculos, se considerado o Império Bizantino: “A história do direito romano é uma história de 22 séculos, que vai do século VII a.C. a V d.C., com a queda do Império Romano do Ocidente, prolongada até o século XV com o Império Romano do Oriente, também conhecido como Império Bizantino”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.111.

¹⁵⁰ ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 2.

¹⁵¹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 131.

Do ponto de vista organizacional, no período da realza¹⁵², assim como nas demais cidades-estados, quem governava era o rei, de maneira vitalícia mas não hereditária, eleito pelo *comícios curiatis*, após indicação do nome pelo senado, investindo-se, a partir de então, “no *Imperium* – poder total que abrangia os âmbitos civil, militar, religioso e judiciário. Esse soberano era o juiz supremo, não havendo apelação contra suas sentenças”. O senado era composto por trezentos anciões, e o *comícios curiatis* integrado pelo “povo”, patrícios e clientes, sem a participação dos plebeus e escravos.¹⁵³

Desse modo, “o rei era o magistrado único, vitalício e irresponsável¹⁵⁴”. Como chefe de Estado, exercia o comando o exército, o poder de polícia, as funções de juiz e de sacerdote, contando, no exercício da Jurisdição, com auxiliares: os *duoviris perduellionis*, que atuavam no caso de crimes de traição ao Estado, e os *quaestores parricidii*, que agiam no caso de homicídio doloso de um chefe de família.¹⁵⁵

No período republicano¹⁵⁶, as instituições políticas foram alteradas¹⁵⁷. Ao rei sucederam dois magistrados eleitos anualmente, inicialmente chamados de *iudices* (juízes), em tempo de paz, e, quando em guerra, de *praetores*, sendo que ambos detinham o *imperium* real. Esses dois *iudices*, também denominados, cônsules, exerciam, assim como em outrora o rei, a Jurisdição de forma plena

¹⁵² MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.112/3.

¹⁵³ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 79.

¹⁵⁴ ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 8.

¹⁵⁵ ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 8/9.

¹⁵⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 79-82.

¹⁵⁷ “Na república, esse poder passou, a princípio, aos cônsules, que, sendo dois, o exerciam alternadamente: um, num mês, o outro, no mês seguinte. Mas, a partir de 367 a.C., (data da criação da pretura), os cônsules se limitavam a exercer a jurisdição graciosa (vide nº 120), passando a jurisdição contenciosa (vide nº 120) a ser exercida pelo pretor e, em parte (quando às vendas que ocorressem em mercados públicos), pelos *edís curiis*. De início, a jurisdição do pretor se estendia a todos os territórios submetidos a Roma. Posteriormente, em certas *ciuitates*, os magistrados locais (*duumviri iure dicundo*) passaram a exercê-la; e o pretor, com relação a determinadas regiões da Itália, delegava poderes aos *praefecti iure dicundo*. No século III a.C., há duas inovações: 1ª) em 241 a.C., criou-se a pretura peregrina, para dirimir, em Roma, os litígios entre estrangeiros, ou entre estes e romanos; e 2) com o aparecimento das províncias (territórios conquistados fora da Itália), quem nelas exercia a jurisdição eram os governadores e seus questores, que aí desempenhavam as mesmas funções que, em Roma, eram atribuídas aos *edís curiis*.” ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 15.

(justiça criminal; justiça voluntária e contenciosa). Aos poucos, porém, especialmente pela luta da plebe, surgiram outras magistraturas com atribuições derivadas daquelas exercidas pelo consulado.¹⁵⁸

O “Poder Executivo” foi difundido e desconcentrado, passando a ser exercido pelo povo geralmente em curtos mandatos de um ano. Diante da vitaliciedade, apesar de se ocupar das questões externas, o senado permanecia como o centro do governo.

Os ocupantes de cargos do “Poder Executivo” eram denominados magistrados, cada qual com uma função específica. Eram divididos¹⁵⁹ em ordinários, como cônsules, pretores, edis e questores¹⁶⁰, e extraordinários, escolhidos diante de demandas específicas. Os pretendentes a exercer a magistratura deveriam ser cidadãos plenos e, dependendo do cargo almejado, terem percorrido o *cursus honorum*¹⁶¹.

¹⁵⁸ ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 15/6.

¹⁵⁹ Moreia Alves denomina o período imperial em principado (alto) e dominato (baixo). E sobre o exercício da jurisdição no período, expõe: “No principado, já haviam desaparecido os *praefecti iure dicundo* com a concessão, no século I a.C., da cidadania romana a todos os habitantes da Itália; assim, quanto aos litígios de menor importância ocorridos na Itália, processavam-se eles diante dos magistrados municipais; quanto aos de maior importância, a jurisdição era do pretor, devendo, em consequência, as partes se deslocarem para Roma. Mas, nos tempos dos imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero, surgem, para a Itália, os *iuridici*, magistrados com jurisdição civil em determinada circunscrições. (p. 193) [...] No dominato, com o processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*), desaparece, como já salientamos, a divisão da instância nas fases *in iure* e *apudiudicem*, processando-se todo o feito diante de um juiz que é funcionário do Estado. Surge, nesse período, a hierarquização dos juizes, classificando-se eles em inferiores e superiores [...]. (p. 193) Ainda no dominato, Constantino reconheceu que os bispos tinham jurisdição quando um dos litigantes, durante o processo, pedisse a suspensão dele, a fim de que passasse a correr diante de um bispo, cuja sentença, nesse caso, teria força executória. Mas essa jurisdição foi revogada nos fins do século IV, ou durante o século V d.C. (p. 194). ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 193/4.

¹⁶⁰ Além dessas quatro figuras também havia os censores, cargo que poderia ser ocupado apenas por quem exerceram anteriormente o consulado. Era um dos cargos mais cobiçados da República.

¹⁶¹ “O *Cursus Honorum*, ou Caminho de Honra, era uma escala de cargos que deveriam ser alcançados sucessivamente, a saber: primeiro, devia-se alcançar a questura e depois a ediliciedade, a pretura e o consulado. No século I a.C., ficou estabelecida idade mínima para o desempenho de cada uma dessas magistraturas: 31 anos para a questura, 37 anos para a ediliciedade, 40 anos para a pretura e 43 anos para o consulado”. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 80.

Como Roma não conheceu a separação¹⁶² entre os Poderes do Estado¹⁶³, “os magistrados judiciais romanos, além da função de distribuir justiça, desempenhavam também funções administrativas e, muitas vezes, militares”, todos eles investidos do poder denominado *iurisdictio*.¹⁶⁴

Os cônsules eram dois, com poderes equivalentes, e presidiam o senado e os comícios, comandavam o exército, representavam a cidade e administravam os funcionários. Os edis exerciam a função de fiscal da cidade, no tocante à segurança, tráfego e preços, além de promoverem jogos públicos. Os questores atuavam como uma espécie de fiscal de tributos, ou tesoureiro, e agiam em outras situações atinentes à fazenda pública; eram responsáveis, também, pela cobrança de dívidas e pelas denúncias dos não pagadores à justiça.¹⁶⁵

Os pretores, por sua vez, atuavam como uma espécie de juiz instrutor na

¹⁶² “É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão. Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro. É certo que o senado possuía uma parte do poder executivo; possuía uma parte do poder legislativo; mas isto não era suficiente para contrabalançar o povo. Era preciso que participasse do poder de julgar, e dele participava quando os juízes eram escolhidos entre os senadores. Quando os Gracos privaram os senadores do poder de julgar, o senado não pôde mais resistir ao povo. Eles feriram, então, a liberdade da constituição para favorecer a liberdade do cidadão; mas esta se perdeu com aquela”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *L'esprit des Lois*. Tradução de Cristina Murachco. p. 193.

¹⁶³ “Na democracia ateniense o poder dos governantes foi bastante limitado em razão do respeito conferido à soberania popular, por meio da qual se atribuiu ao povo, em primeiro lugar, o poder de eleger os governantes e de tomar diretamente, em assembleias, as decisões políticas consideradas mais importantes. Já na república romana, a limitação do poder derivou da moderação efetuada na concessão de poderes aos governantes, também regulada pela submissão do processo legislativo ordinário à votação do povo reunido em comícios, após a aprovação dos respectivos projetos pelo senado. Assim, enquanto a democracia ateniense fundava-se nas normas principais da preeminência da lei sobre os demais poderes e na participação ativa do cidadão nas funções de governo, a república romana pautava-se no controle do poder por meio de um complexo sistema de limitações recíprocas havidas junto aos órgãos políticos, bem como na participação popular, embora mais reduzida que em Atenas”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 63.

¹⁶⁴ ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. p. 194.

¹⁶⁵ “O consulado foi decomposto, e dele se formaram várias magistraturas. Criaram-se pretores, a quem se deu o poder de julgar os assuntos privados; nomearam-se questores para julgar os crimes públicos; estabeleceram-se edis, a quem se deu a polícia; fizeram-se tesoueiros, que tiveram a administração dos dinheiros públicos; enfim, com a criação dos censores, retirou-se dos cônsules esta parte do poder legislativo que regulamentava os costumes dos cidadãos e a polícia momentânea dos diversos corpos do Estado. As principais prerrogativas que restaram aos cônsules foram a de presidir aos grandes Estados do povo, a de reunir o senado e a de comandar os exércitos”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p.185.

república, de uma forma sem equivalentes na atualidade. Cuidavam da administração da justiça e das primeiras fases do processo de conhecimento, pois recebiam o pedido das partes, realizavam a instrução, fixavam os contornos da lide e remetiam os autos para um juiz particular julgar a causa – a partir do século II a.C., com o advento da lei *aebutia*, poderia o pretor, ainda, instruir o juiz particular de como ele deveria decidir. O pretor urbano cuidava das questões envolvendo romanos na cidade; o pretor peregrino das situações ocorridas nos campos e entre estrangeiros.¹⁶⁶

Durante o Império Romano, as instituições políticas foram preservadas, em estrutura mas não em essência. Os cargos passaram a ser mais honoríficos e tiveram atuação limitada, pois o imperador era detentor do império em todos os aspectos, civil, militar e judiciário. O senado, nesse período, começou a exercer pontualmente funções judiciais, podendo conhecer qualquer delito, notadamente contra o Estado ou contra a pessoa do imperador.¹⁶⁷

No exercício da Jurisdição aparecia, de maneira assessória, a figura do jurisconsulto, responsável por elaborar parecer jurídico a pedido de particulares e magistrados, contribuindo, sobremaneira, para a solidificação da jurisprudência como fonte de direito. O *senatus-consultos*, consistente em deliberações do senado acerca de situações pontuais, trilhou caminho semelhante, apesar de versarem somente em aconselhamentos, sem o aprofundamento jurídico, aos magistrados e ao imperador.¹⁶⁸

No baixo Império Romano, as decisões do imperador passaram a integrar as fontes do direito, até o momento em que se tornou a fonte única. O imperador se manifestava por meio de *constitutiones*, ou *placita*, na forma de *edicta*, *mandata*, *decreta* ou *rescripta*. O que importa destacar desse diapasão é que as decretas consistiam em decisões do imperador tomadas em processos jurisdicionais, no exercício do supremo poder (*jurisdictio*) – o *princeps* decidia em primeira ou segunda

¹⁶⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.122.

¹⁶⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 82/3.

¹⁶⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 89-91.

instância, e os decretos eram replicados pelos juristas em situações análogas. E a *rescripta* eram respostas exaradas pelo imperador em casos jurídicos a ele submetidos por particulares ou magistrados.¹⁶⁹

Importante destacar, nesse ponto, que por volta do século III d.C., o império romano foi acometido por uma enorme crise, e durante cerca de cinquenta anos sucederam-se vários imperadores que não conseguiam se firmar por longos períodos, os quais duravam meses, mas não ultrapassavam cinco ou seis anos, até que Diocleciano assumiu o poder e instaurou uma monarquia absoluta ao invés da política republicana que perdurava por Augusto e seus sucessores. Ele também, apesar de manter a unidade do império, dividiu-o em dois, reservando a parte do ocidente para si, e concedendo a parte do oriente para seu companheiro de armas, Maximiliano, mantendo-se, de certa forma, em posição superior a ele. Havia, assim, dois augustos e dois césares (tetrarquia).¹⁷⁰

Constantino reuniu novamente os lados, persistindo a união até a morte de Teodósio I, quando se operou a cisão definitiva do império em dois: Honório ficou com o império do ocidente, e Arcádio com o oriente; mesmo assim, a unidade de poder foi mantida, e quando da morte um imperador, o outro exercia o poder até que se efetivasse a sucessão. O Império do ocidente teve um fim prematuro, em 476, enquanto o do oriente, manteve-se firme até 1453, quando da ocupação de Constantinopla pelos turcos.¹⁷¹

1.3 IDADE MÉDIA (476 d.C. a 1453 d.C.)

A **idade média** foi um período histórico que compreendeu quase um

¹⁶⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.124/5.

¹⁷⁰ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 111-127 e MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 200.

¹⁷¹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.115.

milênio, iniciando a partir da queda do Império Romano Ocidental¹⁷², no ano de 476, perdurando até a queda de Constantinopla, ocorrida no ano de 1453. Pode-se dizer, dentre tantas peculiaridades, que o período medieval, ao menos do ponto de vista da evolução da organização judiciária e das instituições de direito, constituiu-se em um hiato¹⁷³ entre o que se verificava no Império Romano, no mundo grego ou mesmo no crescente fértil, até a chegada da idade moderna, ocasião em que, gradativamente, voltaram a se desenvolver. Foi nesse período, também, que a igreja¹⁷⁴ aumentou seu poder e os valores cristãos foram solidificados – tempo “marcado pela ascensão da burguesia, pela cultura renascentista e pelas grandes navegações¹⁷⁵”.

O largo período da idade média pode ser dividido ao menos em dois¹⁷⁶: a **alta** e a **baixa** idade média. O primeiro período consistiu no abandono, ainda que parcial, da cultura romana para a construção de um novo mundo europeu, influenciado pela cultura germânica e católica. O segundo, na solidificação de um sistema que simbolizou esse diapasão milenar: o feudalismo^{177, 178}

¹⁷² “Tanto a democracia ateniense quanto a república romana foram extintas em razão do estabelecimento de impérios a partir do século IV a.C., mormente com Alexandre Magno, Augusto e seus sucessores. Alguns séculos mais tarde, com a queda do Império Romano do Ocidente, no ano de 453, iniciou-se uma fase da civilização marcada pelo esfacelamento do poder político e pela estratificação social entre o clero, a nobreza e o povo, bem como pela instauração do feudalismo: a Idade Média”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 63.

¹⁷³ “Estagnação cultural”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 41.

¹⁷⁴ “Nos séculos imediatamente posteriores à queda do Império Romano, em 476, a Antiguidade Clássica defrontou-se com três sucessores: o Império Bizantino, continuação reduzida do Império Romano, com imperador e direito romanos; as tribos germânicas invasoras, que se impuseram sobre a cristandade latina; e o mundo árabe do Islã, que se expandia a partir da Ásia, via África do Norte. Pelo milênio seguinte à derrota de Roma, os povos da Europa integraram uma grande multiplicidade de principados locais autônomos. Os únicos poderes que invocavam autoridade mais ampla eram a Igreja Católica e, a partir do século X, o Sagrado Império Romano-germânico”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 35.

¹⁷⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.147.

¹⁷⁶ “A Idade Média, a Idade Média europeia, divide-se em duas grandes fases: a das invasões e a da reconstrução. A sua história resume-se grosso modo na passagem da insegurança geral à pequena segurança local, lentamente alargada, e na passagem da decomposição ou da ausência de poder a uma situação complexa, com o poder real estreitado entre a autoridade universal da Igreja e o poder parcelar (coexistente ou não) dos barões e dos senhorios corporativos”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.18.

¹⁷⁷ “Em suma, o ‘fief’ ou ‘feudo’, que DOMINGOS DE AZEVEDO conceitua no seu Grande Dicionário de Francês/Português: ‘domínio nobre que o vassalo recebe do senhor sob a condição de fidelidade e homenagem, e sujeito a certos serviços e a certos foros’. [...] Nessa submissão pactuada residia a viga mestra do regime feudal. O sistema de vassalagem foi se desenvolvendo, de tal modo que, quando atingiu sua plena estruturação, formada estava a célebre pirâmide medieval, em cujo ápice

Diversos fatores podem explicar a **queda do Império Romano Ocidental**, evento que pôs fim à idade antiga e deu início à **alta idade medieval**. Naquela época, observava-se o colapso da economia escravagista; a falência de pequenos agricultores; o elevado número de exércitos ociosos ocupando os centros urbanos, os quais consumiam cerca de 1/3 dos recursos do Império; a perda das minas de prata na Espanha; a distribuição gratuita de trigo para evitar a rebelião dos pobres, assim como a política do pão e circo.¹⁷⁹

O “Estado” estava insolvente, e passou a utilizar, por exemplo, apenas 3% de prata em suas moedas, complementando o restante com cobre e bronze, motivo pelo qual a população foi lentamente deixando de as utilizar; o exército não mantinha a mesma disciplina, e era composto em sua imensa maioria por mercenários estrangeiros; as guerras civis internas eram frequentes, e, em uma dessas rebeliões, cerca de 15.000 soldados das legiões romanas foram mortos. Os camponeses amputavam seus polegares para não serem convocados como soldados.¹⁸⁰

Assim, paulatinamente o modo de produção escravagista foi substituído pela economia de subsistência agrária e estática, inexistindo a moeda diante da consolidação do escambo, baseado essencialmente no trabalho servil.¹⁸¹

Esse processo de degradação generalizado no continente europeu iniciou cerca de um século antes da queda do Império Romano Ocidental, e coincidiu com o crescimento acentuado da violência. As regiões antes controladas pela burocracia latina e governadas com certa estabilidade passaram a se tornar extremamente

se assentava o ‘príncipe’ (ou rei), nos vértices se postavam os senhores (nobres, barões) e, sob a base, jazia a plebe (camponeses e assemelhados). Surge assim o *pactum subjectionis*, traduzindo, nas palavras de MARCELLO CAETANO, ‘no final do século XIV a ideia de que a obediência dos povos aos reis assentava num pacto ou contrato entre ambos’. NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 243, em nota de rodapé.

¹⁷⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.147.

¹⁷⁹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 154/5.

¹⁸⁰ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 155.

¹⁸¹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 155.

inseguras ao ponto em que nem as forças públicas, nem os exércitos, conseguiam ajudar os cidadãos, quando não eram eles mesmos, os “agentes públicos”, os próprios causadores da violência.¹⁸²

E assim, diante da escalada da brutalidade e incontáveis guerras ocorridas entre os diversos reinos que se formaram, tanto na Europa quanto em regiões próximas, as cidades foram lentamente sendo despovoadas.¹⁸³ Em outro rumo, nos campos os latifundiários foram edificando fortificações ao redor de suas propriedades, passando a estocar água e alimento, assim como a aumentar o tamanho de seus próprios exércitos em busca de solidificar uma defesa que o Império não mais podia lhes proporcionar. Foi nesse cenário que a população da cidade migrou para o campo, onde encontrou trabalho, alimento e segurança que os latifundiários passaram a ofertar em substituição ao Império.¹⁸⁴ E desse modo a Europa ocidental se fragmentou em “unidades de produção descentralizadas que constituíram o feudalismo no velho continente, sob o novo império da Igreja, única instituição burocrática dotada de centralização, verticalização e disciplina para organizar as atividades¹⁸⁵”, como uma espécie de “fantasma surgido da decomposição corpórea do império romano¹⁸⁶”.

Apesar do evidente declínio no último século de existência, a queda nada

¹⁸² “*En la centuria anterior a la ‘caída’ – como suele con poca propiedad llamársela –, de la Parte Occidental, un proceso de disgregación general había corrido parejo con un aumento imparable de la violencia. En las regiones antes gobernadas con cierta estabilidad por la burocracia latina, se fue extendiendo un clima de extrema inseguridad. Las fuerzas policiales y militares estatales poco podían ayudar a los ciudadanos frente a ese escenario, cuando no se convirtieron ellas mismas en protagonistas de las rapiñas*”. RABINOVICH-BERHMAN, Ricardo David. **Como se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. p. 276.

¹⁸³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.149.

¹⁸⁴ “*En ese contexto, las ciudades se van despoblando, pues son muy peligrosas. A su vez, en los campos, los latifundistas van construyendo fortificaciones alrededor de sus casas, corrales y graneros, con reserva de agua y alimentos, y las protegen con ejércitos propios. Procurando la defensa que ya el Imperio no puede darles, muchos campesinos, aldeanos y fugitivos de las ciudades, que han quedado en la ruina, se colocan al servicio de estos terratenientes poderosos, que les ofrecen amparo en caso de ataque*”. RABINOVICH-BERHMAN, Ricardo David. **Como se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. p. 277.

¹⁸⁵ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 155.

¹⁸⁶ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 155.

mais representou do que o reflexo das políticas anteriormente adotadas pelo Império, cuja tranquilidade repousava sobre bases frágeis, como o trabalho escravo¹⁸⁷ que acachapou o trabalho livre, especialmente os de artesãos e pequenos produtores rurais; a conversão ao catolicismo¹⁸⁸, com Constantino, em 313, fazendo emergir as cidades episcopais e arcebispais¹⁸⁹ que disseminaram o descontentamento das classes inferiores perante as superiores, aliados à dispendiosa burocracia e ao elevado custo de manutenção da máquina pública; a autonomia de grandes regiões de latifundiários que apenas nominalmente¹⁹⁰ professavam uma lealdade ao distante imperador oriental^{191, 192}

Todo esse arcabouço que induziu a queda de Roma também propiciou a invasão das **tribos germânicas**, compostas por bárbaros que cultivavam costumes muito diferentes dos romanos¹⁹³. O povo germânico vestia peles de animais e tecidos grosseiros, viviam em moradas rústicas e podiam ser considerados seminômades. Sobreviviam por meio da agricultura, pastoreio, pesca, caça e o parco comércio era sustentado basicamente por intermédio do escambo. A propriedade

¹⁸⁷ O trabalho escravo dependia da política de expansão territorial; a partir do momento em que o império atingiu o máximo de expansão, esgotou-se a fonte de renovação e fornecimento da mão de obra escrava. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 200.

¹⁸⁸ “Em 313, o Imperador Constantino permitiu às partes submeterem-se, voluntariamente, à jurisdição do bispo de sua região, dando então à decisão episcopal o mesmo valor de uma decisão de julgamento laico. Posteriormente, foi dado aos clérigos (padres, bispos etc.) o privilégio de foro, que indicava que estes somente poderiam ser julgados, qualquer matéria que fosse, pelos tribunais da Igreja”. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 133.

¹⁸⁹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 156.

¹⁹⁰ Em sentido semelhante: “El año 476 marcó un hito en la historia de una gran región del mundo. Se venía produciendo un largo período de creciente crisis institucional, social y económica, que había transformado a la Parte Occidental del Imperio Romano en un inextricable mosaico de reinos, más o menos autónomos, y había reducido al emperador a un mero títere del poder militar (fundamentalmente un manos de jefes germanos)”. RABINOVICH-BERHMAN, Ricardo David. **Como se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. p. 275.

¹⁹¹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 156.

¹⁹² TIGAR, Michel E.; LEVY, Madeleine R. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987. p. 36.

¹⁹³ “O Ocidente nasce da simbiose entre o tribalismo dos povos bárbaros que migram para poente e os destroços das estruturas do estado que Roma deixou”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. Lisboa: Instituto de História do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 13.

podia ser coletiva ou individual¹⁹⁴. Além disso, a guerra era primordial para a economia desses povos. Alguns germânicos simplesmente se espalharam pelo território até então controlado pelo Império Romano, outros formaram reinos, como os vândalos na África; os ostrogodos na Península Itálica; os visigodos na Península Ibérica; os francos na França e os anglo-saxões na Inglaterra. Parte desses bárbaros passou a formar a nova elite social, composta por chefes guerreiros e grupos armados, detentores, por isso, de grandes propriedades de terra.¹⁹⁵

Constituídos os **reinos**, os detentores do poder passaram a distribuir cargos, vantagens e privilégios aos seus chefes guerreiros, criando uma hierarquia de condes, marqueses e barões, que dominavam determinadas zonas territoriais como concessionários do poder jurisdicional do rei¹⁹⁶. A propriedade era hereditária, e se generalizou inclusive entre o clero.¹⁹⁷

O direito germânico¹⁹⁸ acompanhava a cultura dos bárbaros. Era praticamente oral, e cada uma das tribos mantinha a sua própria tradição. Estava sedimentado no exercício do direito à vingança, vislumbrando seu caráter privatista, revelado especialmente na substituição da pena corporal pela pecuniária em favor do ofendido, nos delitos privados, como forma de retomar o pertencimento, a paz social (*fridr*) e a coesão grupal, alicerçadas na estirpe (*sippe* – comunidade de sangue). Os poucos delitos públicos, que atingiam a *sippe* ou a tribo, eram punidos pelo próprio grupo com banimento. O procedimento penal era estruturalmente idêntico ao civil, pois não se buscava a elucidação do fato punível, mas tão somente a superação do estado de perturbação. Em outras palavras, havia um único e mesmo procedimento aplicado a todos os processos. E o “exercício da jurisdição

¹⁹⁴ “A propriedade privada era desconhecida, sendo a distribuição de terras estabelecida sem a instituição de grandes desigualdades no interior das tribos”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p.148.

¹⁹⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 119-120.

¹⁹⁶ “A desconcentração do poder, após a queda de Roma, é uma das consequências provocadas pela inexistência, por parte dos invasores bárbaros, de uma organização estatal complexa dotada de instituições que garantissem a estabilidade do poder, proporcionando a distribuição funcional das atividades sociais, políticas e econômicas”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 149.

¹⁹⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 141.

¹⁹⁸ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 242-257.

não era uma prerrogativa da potestade régia, mas uma manifestação da comunidade em relação aos fatos de interesse comum”.¹⁹⁹

A compensação pecuniária fazia cessar o direito de vingança, servindo como uma forma de satisfação moral e material ao ofendido e sua estirpe, acarretando, assim, a extinção da punibilidade do ofensor; a expiação do crime poderia se dar, até mesmo, por meio da renúncia ou do perdão (*facultas agendi*), sem necessariamente haver compensação, inclusive nos casos de homicídio, pois a finalidade era a retomada da paz social, e não a punição do agente. “Assim era no mais antigo Direito Romano, e assim era no bárbaro”²⁰⁰.

Igualmente a partir da formação dos reinos, a interferência do rei, pautado pela figura da autoridade política, passou a ser maior como forma de controle social. Inicialmente, exigiu-se que a tentativa de composição civil fosse fase pretérita e obrigatória à vingança privada. Posteriormente, o caráter privado do *ius puniendi* foi se transmudando em um suposto interesse público, e o abandono da causa passava o poder de punir do súdito ao rei, promovendo a troca da paz comunal por uma ordem pública centralizadora, servindo de instrumento de modelação ideológica dos súditos, amplamente fomentada pela moral católica e pelo conteúdo lógico-jurídico romano.²⁰¹

Diante desse cenário multicultural, com o desenrolar do tempo, na maior parte do território europeu, o costume²⁰² passou a ser fonte única do direito, restando abandonados todos os institutos do direito romano. Inexistiam escritos jurídicos, salvo raras exceções eclesiásticas, e as relações eram entabuladas

¹⁹⁹ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 253-255.

²⁰⁰ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 252, APUD: CALISE, Carlo. **Diritto penale italiano: dal secolo VI al XIX**. Firenze: G. Barbèra, 1985, p. 56. (livre tradução).

²⁰¹ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 253-255.

²⁰² “[...] Direito feudal consuetudinário, desprovido de um corpo profissional de juristas e sem uma autoridade central normadora”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 227.

oralmente; além dos clérigos, ninguém sabia escrever.²⁰³ Os juízes leigos eram incapazes de ler um texto jurídico, e os julgamentos eram efetivados de acordo com a vontade divina, com a utilização dos ordálios e dos duelos judiciais.²⁰⁴

Algumas das tribos que se constituíram em reinos, com maior ou menor profundidade, acabaram por utilizar o direito romano²⁰⁵, como os ostrogodos. Outras mantiveram seus costumes próprios imaculados. Mas, na maior parte das localidades, ainda vigia o princípio da personalidade das leis, por intermédio do qual o direito romano se aplicava aos romanos e o direito germânico para as tribos invasoras.

Com relação ao sistema de justiça, a título ilustrativo, pois cada reino detinha características próprias, os francos mantinham tribunais que funcionavam em condados, compostos por homens livres e presidido por um conde, que era assistido por pessoas com o título *legem dicere* (dizer o direito).²⁰⁶

O rei dos francos, Clóvis I, governou a região de Gália até 511, sendo sucedido por seus quatro filhos, que dividiram entre si o território, oportunidade em

²⁰³ “Na Alta Idade Média os costumes dos povos bárbaros, a legislação bárbaro-romana e os decretos conciliares conviviam sem que houvesse poder capaz de unificar o direito, ou mesmo intenção de fazê-lo. Com a ascensão de Carlos Magno e a restauração do Império do Ocidente há um processo inicial de centralização do poder, mas a estratégia carolíngia de concessão de benefícios em troca de serviços úteis ao processo expansionista acelera a feudalização da Europa”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 159.

²⁰⁴ “O direito das etnias germânicas era essencialmente consuetudinário, não possuindo por ocasião da queda de Roma documentos escritos. Assim, o direito privado romano permaneceu como direito das populações romanizadas enquanto os invasores germanos mantiveram os seus costumes ancestrais”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 160.

²⁰⁵ “Apesar do aparente intento de construção de uma nova ordem jurídico-política, os reinos medievais adotaram uma forma dual em sua estrutura administrativa e jurídica, proporcionando aos proprietários romanos a conduta segundo o direito romano, instituindo o dualismo jurídico-administrativo dos novos reinos. [...] O pluralismo na Idade Média não é propriamente novo no cenário europeu. [...] O pluralismo alto medieval fundou-se na relativa autonomia que as diversas forças presentes no mundo medieval gozavam para produzir o direito. [...] A Alta Idade Média, portanto, consolidava-se como um mundo de ordens jurídicas distintas concorrendo em um mesmo espaço geopolítico que refletia o próprio pluralismo político presente na Idade Média, onde grupos, clãs, famílias constituíam ordens distintas daquelas que emanavam dos Reinos, quando estes produziram normas jurídicas que atingissem tais agrupamentos. O clero, por possuir direito próprio, é outro exemplo desse processo de autonomização do direito diante da inexistência de poder capaz de subordinar o mundo social a um único núcleo de poder”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 150/1.

²⁰⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 127-132.

que o catolicismo foi apresentado e recepcionado pelos francos. Depois deles vieram os carolíngios, notadamente sob os auspícios de seu maior imperador, Carlos Magno, que reinou entre 768 e 814, na região onde estão situados atualmente o norte da Itália, França, partes da Espanha e Dinamarca. Ele uniu grande parte da Europa ocidental e foi transformado em sacro-imperador romano pelo Papa Leão III no ano de 800. O Sacro-Império Romano foi, em tese, fundado pelo então rei Oto II, em 962, adotando um conceito de império cristão que buscava reviver as glórias do Império Romano do ocidente, e da mesma forma assegurar a soberania papal na região da Itália. O Império Carolíngio começou a entrar em decadência a partir da morte de Luís, o piedoso, filho de Carlos Magno, em 840. Situação análoga ocorria com os anglo-saxões alemães que passaram a ocupar a Inglaterra²⁰⁷, com a formação e declínio de reinos e o acolhimento cristianismo^{208.209} Com a dissolução do Império Carolíngio, multiplicaram-se as autoridades feudais (duques, condes e marqueses), que passaram a definir o direito vigente em cada região, sedimentando uma fase de pluralismo jurídico consuetudinário^{210.211}

Nesse mesmo período, ao leste, desenvolvia-se em pleno vapor o Império Romano Oriental, ou Império Bizantino, especialmente sob o comando de Justiniano, que no século VI passou a dominar também na região ocidental partes da Espanha e da Itália, os Balcãs, a Ásia Menor, a Palestina e o Egito. O continente europeu nessa época também era afetado pelas invasões vikings, que colonizaram a região norte, assim como pelos magiares, originários da Hungria e Romênia, que, por sua vez, invadiram a Alemanha, o norte da Itália e a França, sendo derrotados por Oto, rei da

²⁰⁷ “Na Escócia, os pictos, scots, bretões e anglos eram os principais grupos”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 41.

²⁰⁸ “Com o advento do cristianismo no final da Idade Antiga e por toda a Idade Média, a noção de direitos humanos ganhou força no plano filosófico e espiritual, porém ainda ligada à religião, sendo poucas as referências teóricas à ideia de direitos fundamentais dissociada da religião cristã”. GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 36.

²⁰⁹ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 34, 35 e 40.

²¹⁰ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 255.

²¹¹ “A submissão ao Império do Ocidente não foi generalizada pela Europa, tanto no período carolíngio (Carlos Magno é coroado pelo Papa em 800) como no período otônido (Oto I, rei da Germânia, após o fim da dinastia carolíngia, é coroado Imperador do Sacro Império Romano-Germânico pelo Papa João XII em 962), mas, ainda assim, o direito romano penetrou nas áreas alheias ao poder do Império”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 162.

Alemanha. Sem olvidar dos califas árabes Abássidas²¹², que entre 800 e 1000 dominaram o oriente médio e a maior parte da península ibérica, constituindo Córdoba, na Espanha, como a maior cidade da Europa do século X.

Esse período de transição, pautado pela turbulência e instabilidade, onde todos queriam ocupar o gigantesco território até então dominado pelo Império Romano Ocidental, caracterizou a quadra da alta idade média.

Em outro norte, a **baixa idade média** pode ser considerada um período de materialização da integração entre os dois mundos, o romano e o germânico, e da solidificação do feudalismo²¹³ com a seguinte divisão social: “de um lado homens livres, com o poder das armas ou da Igreja, de outro, servos”. Dessa maneira, é possível afirmar que durante a idade média havia basicamente “três ‘tipos’ de homens, os que guerreavam, os que oravam e os que trabalhavam”.²¹⁴

O pleno desenvolvimento do **feudalismo**, a partir do século X, com o surgimento de inúmeros pequenos senhorios economicamente autossuficientes, comandados por nobres belicosos que detinham exército particular, acarretou o enfraquecimento do poder real²¹⁵, que, apesar de ainda ocupar o topo da hierarquia medieval, era incapaz de coagir os nobres²¹⁶ à vontade do rei, “o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais”. Os poderes mais centralizados acabaram se pulverizando “de tal forma que a característica que mais chama a atenção no feudalismo é a fragmentação de poder”.²¹⁷

²¹² A obra *As mil e uma noites* retrata uma parte do período inicial do governo dos califas. Havia grande incentivo e desenvolvimento das ciências, cultura, tecnologia, medicina e educação.

²¹³ Há classificação literária que indica a divisão dessas características em senhorialismo, consistente em uma organização de camponeses que serviam de vassalo e pagavam impostos a um nobre; e feudalismo, uma estrutura política em que cavaleiros e outros nobres inferiores prestavam serviço militar a um nobre e recebiam em troca propriedade senhorial para cobrar impostos em determinado território.

²¹⁴ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 120.

²¹⁵ Dos reinos formados a partir de alguns povos germânicos, como os ostrogodos na Península Itálica; os visigodos na Península Ibérica; os francos na França e os anglo-saxões na Inglaterra.

²¹⁶ Por exemplo, senhores feudais.

²¹⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 122.

Assim, no tocante à Jurisdição, nesse período histórico do continente europeu – e também em outras regiões que adotaram o sistema feudal –, os vassallos integrantes do feudo estavam sujeitos à vontade do senhor, proprietário da terra em que viviam, não apenas na observação das regras²¹⁸ de convívio mas também na solução dos conflitos internos, que eram dirimidos por ele, inclusive os gerados contra o próprio senhor feudal. Com relação aos conflitos externos, era também o senhor feudal que os representava, mas esses eram diminutos, tendo em vista o pouco convívio social existente fora dos feudos.²¹⁹

O sistema feudal era sustentado em uma relação de confiança e entrega entre o vassalo e seu amo. Ocorria espontaneamente em busca de sobrevivência, seja por questões de segurança, seja em razão da necessidade de alimentação. O vassalo, ao eleger seu amo, a ele devia fidelidade, conselho e ajuda material e militar, enquanto seu amo lhe devia, além da mesma fidelidade, proteção e sustento.²²⁰ Essas formalidades eram confeccionadas por meio de um contrato, em tese irrevogável e eterno, com observação de ritualística que englobava cerimônias denominadas investidura, fé e homenagem.

O feudalismo era universalmente aceito. Proprietários de terra, pequenos ou grandes, não tinham como contratar seguranças para formar exército suficiente para entabular uma defesa sólida. Então a solução para a geração da segurança foi a divisão de suas terras em feudos, oferecendo a quem quisesse se integrar para com ele produzir alimentos e se defender. Além disso, a reunião dessas pessoas

²¹⁸ “*Tampoco puede hablarse de una igualdad jurídica: no existían un Derecho común a todos, sino que en cada comunidad había costumbres propias y en cada grupo social estatutos peculiares propios, si bien en la Baja Edad Media se redujo en cierta medida el grado de dispersión jurídica con la aparición de estamentos más o menos bien definidos, cada uno con su propio Derecho*”. MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión**. Granada: Colección Feminae, 2004. p. 55.

²¹⁹ “*En los hechos, estarán sometidos a la voluntad del ‘señor’ (‘dominus’, dueño en latín) de la tierra donde habitan. Deberán darle una parte substancial de lo que produzcan, seguir sus directivas en cuanto a las tareas a realizar y la forma de vivir, e incluso en cuestiones personales, como el matrimonio. Además, estarán sujetos a la jurisdicción del ‘señor’ para asuntos internos, incluso contra esté mismo. Y a su representación en materias externas, que eran las menos, porque los desplazamientos se hallaban muy reducidos*”. RABINOVICH-BERHMAN, Ricardo David. **Como se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas**. p. 277.

²²⁰ FOURQUIN, Guy. **Senhorio e feudalismo na idade média**. Lisboa: Editora 70, 1987. p. 11.

possibilitava a ampliação da capacidade de ataque e a conquista de outros territórios, aumentando e fortalecendo o número de vassalos.²²¹ Os vassalos, por sua vez, poderiam ter seus próprios vassalos, que não necessariamente se submetiam ao respectivo senhor feudal, mas a ele em regra recorriam em caso de desavença.

O senhor feudal normalmente instituía dentro do feudo o *consilium*, uma espécie de corte de Justiça integrada por vassalos que exercia a função de conselho e tribunal.²²² Então, dessa forma, parcela do exercício da Jurisdição detida pelo senhor feudal era delegada para esse conselho dos vassalos. “Não obstante esses conselhos, havia também, principalmente nas cidades (no fim da Idade Média), cortes que decidiam sobre questões criminais”.²²³

Dessa forma, é possível afirmar que na alta idade média ocidental o exercício da Jurisdição²²⁴ iniciou pertencendo ao indivíduo livre e sua *sippe*, posteriormente foi absorvido pelo rei e, ao final, na baixa idade média, a administração da justiça foi sendo lentamente entregue aos senhores feudais e seus vassalos, legitimados pela moral universal proclamada pela Igreja Católica²²⁵,

²²¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 123.

²²² “Há, na Idade Média, associação entre direitos reais e políticos. O possuidor do poder jurisdicional e fiscal é o senhor de um determinado domínio, confundindo-se o direito dominial com o político. Sendo assim, o primeiro parte do direito político e o segundo, do direito real. Tal separação entre direito políticos e patrimonial não é estabelecida na época medieval, sendo o senhor de terras juiz e fiscal, podendo tirar proveito patrimonial tanto do uso de seus direitos reais como de seu domínio político. Essas características medievais destoam do direito romano, que separava com razoável exatidão o público do privado e, conseqüentemente, as funções de caráter público, exercidas em prol da res publica, das de interesse privado, exercidas segundo a vontade do indivíduo”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 165/6

²²³ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 124 e 126.

²²⁴ “O senhor feudal era o proprietário exclusivo das terras, sendo todos os habitantes seus vassalos. Exercia o senhor feudal as atribuições de chefe de Estado, decretava e arrecadava tributos, administrava a justiça, expedia regulamentos e promovia a guerra. Era uma espécie de rei nos seus domínios. Seu reinado, porém, repousava sobre um conceito de direito privado, não de direito público. Desse fato resultaram anomalias tais como a jurisdição privada, a cunhagem privada, a guerra privada etc”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 141.

²²⁵ “Logo no início da Idade Nédia o Papa São Gelásio I (492-496) formulou a teoria da coexistência e separação dos dois poderes: o Bispo, no domínio eclesiástico, é superior ao Imperador, e este superior ao Bispo nas coisas laicas. Em seguida, foi acrescentado a essa doutrina que, sendo a alma superior ao corpo, a autoridade eclesiástica é superior à autoridade laica. Mais um passo e se firmou o princípio da subordinação do poder civil como decorrente do poder espiritual, de conformidade com os ensinamentos de Santo Ambrósio, São Gerônimo, Santo Agostinho e outros doutores da Igreja nos séculos IV e V”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 394.

emergindo um direito medieval dissociado do romano e do germânico – ao menos até o século XII, quando os estudos aprofundados do direito romano seriam retomados.²²⁶

Durante a idade média, não obstante a pluralização e desconcentração do poder, uma instituição sobreviveu à queda do Império: a **Igreja Católica**, que se fortaleceu no desenvolver desse período histórico, passando a ditar, assim, grande parte das regras de conduta por meio do direito canônico, que coexistiu ao lado do direito germânico e romano.²²⁷

Era ele o único direito documentado, que se manteve durante a idade média como exclusivamente escrito e universal, cuja uniformidade se dava em razão da possibilidade de interpretação ser atividade exclusiva do papa. O direito canônico também se utilizava dos ordálios como meio de prova.²²⁸

“Conforme o poder laico enfraquecia pelo declínio do poder real por causa do feudalismo, a jurisdição eclesiástica aumentava seu poder jurisdicional, mesmo relativamente a leigos”, especialmente por ser escrito e contar com primazia enquanto a “oralidade imperava em um período de analfabetos”.²²⁹

Durante séculos, os tribunais eclesiásticos passaram a se constituir no local de solução dos casamentos e divórcios, e paulatinamente passaram também a

²²⁶ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 257.

²²⁷ “O direito canônico é o direito da Igreja cristã, remontando às origens do Cristianismo. [...] É na multiplicidade de poderes políticos medievais que a Igreja irá paulatinamente assumindo papel de destaque na ordem jurídico-política, especialmente por meio da autoridade que julgava possuir para justificar o exercício do poder político. Herdeira da cultura romana, a Igreja, por intermédio de seus religiosos, foi de grande importância aos reinos bárbaros que eram gradualmente formados, transmitindo, àqueles cujas relações com o clero eram amistosas, tecnologias jurídicas, políticas e agrícolas. Paralelamente ao aumento de sua importância e poder, a Igreja passa a desenvolver um direito canônico apto às intervenções na sociedade que proporcionassem sua contínua autoridade sobre os diversos assuntos da época”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 163.

²²⁸ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 210/1.

²²⁹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 132/3.

exercer Jurisdição sobre os padres, os religiosos, os cruzados, o “corpo docente e discente das Universidades (que foram até o século XVI instituições eclesiásticas)” e sobre os miseráveis (*miserabiles personas*), como viúvas e órfãos, quando estes solicitavam apoio da Igreja, sem falar do julgamento das heresias, simonias, sacrilégios e feitiçarias – inquisição eclesiástica.²³⁰

A inquisição começou na idade média, com Felipe IV – o belo –, da França, no século XIII, tendo seu auge na idade moderna, em Portugal e Espanha, no século XVI, e durou até a idade contemporânea, em meados do século XIX. Quanto mais o absolutismo monárquico avançava, menos os reis toleravam outras instâncias judiciais autônomas que não as estatizadas ou as eclesiásticas, utilizando-as como instrumentos de adequação da conduta social e mecanismos de dominação para eliminar quem lhes fizesse oposição²³¹.

Invariavelmente, em qualquer das modalidades do exercício da Jurisdição durante a idade média, vigorava o **sistema inquisitivo** para a averiguação e punição de crimes²³². Em regra, iniciava-se²³³ mediante provocação por meio de queixa, dando contornos à acusação, em local determinado e de forma oral. Nele, a persecução penal era comandada pessoalmente pelo juiz, sem a necessidade de advogados, de defesa ou de acusação, pois todas essas funções estavam concentradas nas mãos da mesma pessoa. A lógica para o julgamento era inversa

²³⁰ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 132/3.

²³¹ “O Rei Felipe fez prender o papa pelo ministro Nogaret, seguindo-se uma nova fase de sobreposição do poder civil ao poder religioso”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 395.

²³² “La existencia de un interés público en castigar a los delincuentes sirvió de base en su momento a un proceso llamado inquisitivo, de raíz romano-canónica, propio del Antiguo Régimen, proceso necesario en el cual el Estado procede de oficio sin que sea preciso que un tercero formule una acusación, en la doble función de acusador y juzgador, fundidas en el juez, funcionario especializado, permanente y letrado, que actúa según un procedimiento escrito y secreto. Pero tras Revolución Francesa se impone en Europa un sistema distinto en el cual el juez no procede de oficio - entre otras cosas porque se ha hecho independiente - sino que el proceso está condicionado por una acusación sin la que no puede iniciarse. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 37.

²³³ “Nas repúblicas da Itália, onde estes três poderes estão reunidos, se encontra menos liberdade do que em nossas monarquias. Assim, os governos precisam, para se manter, de meios tão violentos quanto o governo dos turcos; prova disto são os inquisidores de Estado e o tronco onde qualquer delator pode, a qualquer momento, lançar um bilhete, com sua acusação”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *L'esprit des Lois*. Tradução de Cristina Murachco. p. 168.

ao que se vislumbra na atualidade: para a segurança da sociedade, mais valia condenar um inocente do que absolver um culpado²³⁴.

O julgamento era uma espécie de duelo, onde réu e vítima debatiam verbalmente, sagrando-se vencedor o que melhor se saísse no embate, pois o “mentiroso, consciente de sua culpa, combateria com menos veemência até porque Deus, sabedor de quem era a razão, facilitaria sua derrota²³⁵”.

Os contendores também poderiam recorrer aos ordálios, classificados em unilaterais ou bilaterais, e consistiam no meio de prova irracional e baseado na divindade. Uma delas, por exemplo, versava na pessoa acusada tocar o cadáver sem fazer ele sangrar – “prova do cadáver”; outros envolviam a utilização de água fervente ou ferro em brasa em que o inocente não sairia ferido. Os ordálios²³⁶ bilaterais se traduziam em duelos judiciais, como a luta entre espadas ou a prova da cruz, em que dois indivíduos se posicionavam em pé com os dois braços abertos, e o primeiro que não mais suportasse a posição perdia a questão – “julgamento da cruz”.

Não havia igualdade entre pessoas. As penas dos nobres eram mais suaves do que as dos plebeus. Em regra a pena era pecuniária, mas poderia ser, dentre tantas, castigos corporais, morte civil²³⁷, pena de morte etc. Não havia reclusão ante a inexistência de cadeias. “As penas eram formas de vingança e não

²³⁴ “[...] era porque se primaba la finalidad de alcanzar la pacificación frente a la inseguridad pública bajo-medieval, la represión personal podría conllevar ciertamente arbitrariedad, y por tanto peligro, pero se consideraba preferible que el Juez castigase a algún inocente a que quedasen impunes muchos delitos; por ello era admitido un juez-policía, esto es, un juez atento a garantizar la seguridad pública ate todo y que para conseguirlo actuaba con criterios y procedimientos que hacían posible una utilización ilícita de su poder represivo”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 33.

²³⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 139..

²³⁶ “Os ordálios foram condenados pela Igreja a partir do IV Concílio de Latrão em 1215, mas essas práticas sobreviveram na Europa por muitos séculos. A prova do cadáver, por exemplo, foi usada na Alemanha até o século XVI e as do ferro em brasa até pelo menos o século XIX, em algumas regiões como Inglaterra e Rússia”. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 135.

²³⁷ “[...] uma das penas mais cruéis e danosas não somente para o apenado como também para todos que o cercavam. Esta suprimia todos e quaisquer direitos do indivíduo. O condenado tornava-se um morto em vida”. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 141.

formas de inserir o indivíduo novamente na sociedade²³⁸”.

Os processos podiam carregar dose de confidencialidade, tanto na acusação quanto nas provas, o que dificultava a defesa dos réus. A tortura era amplamente aceita como castigo corporal e também como meio de obtenção da prova válida – a confissão era a rainha das provas.²³⁹

Todo esse cenário descrito ilustrou o continente europeu durante o passar dos séculos. Porém, nesse mesmo período histórico, também de suma importância – a título de registro cronológico evolutivo –, foi o surgimento do **islã**, na Arábia, no século VII d.C., movimento político-religioso que rapidamente se espalhou pelo globo, inclusive na península ibérica durante alguns anos, por meio de suas guerras santas, amplamente aceito por cerca de um quinto da atual população mundial. Ao lado do islamismo se originou o direito muçulmano, intrinsecamente religioso.

O final do período da baixa idade média foi marcado por uma série de conflitos e catástrofes, como a peste negra, que dizimou cerca de um terço da população europeia no século XIV, e a guerra dos cem anos, travada entre a “França” e a “Inglaterra”. Não há data consensual para o seu encerramento, mas todas as indicações giram em torno do ano de 1500. Alguns citam as viagens de Colombo às américas, em 1492, outros a reforma protestante, em 1517. Os escritores influenciados pelo romanismo indicam como fato histórico que marcou o fim da idade média a queda do Império Bizantino, antigo Império Romano Oriental, com a tomada de Constantinopla pelos otomanos, em 1453.

Todo esse contexto histórico proporcionou, por decorrência, o aparecimento e a fortificação de **“Estados” monárquicos estruturados**,

²³⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 142.

²³⁹ “No âmbito da repressão penal, o Estado era implacável. Os juízes condenavam sem garantir o direito de defesa ou mesmo o contraditório aos acusados. As penas eram cruéis, desumanas e desproporcionais à gravidade do delito cometido. O clássico *Dos delitos e das penas*, escrito pelo jovem Cesare Bonesana Beccaria no ano de 1764, quando ele tinha apenas 26 anos, foi uma das denúncias mais enfáticas desse sistema penal desumano, que adotava julgamentos secretos e aceitava a tortura como meio de se obter a confissão do crime, entre outras barbáries”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 41.

notadamente na França, Inglaterra e na península ibérica, com os reinos de Aragão, Castela e Portugal, assim como órgãos de representatividade popular, como assembleias e parlamentos.

Nessa conjuntura, não obstante a regra ser a concentração de poder nas mãos do monarca²⁴⁰, é necessário registrar que a **Inglaterra** tomou caminho oposto aos demais reinos situados no continente europeu²⁴¹ - a mudança que se anunciava “foi mais veloz na Inglaterra do que no continente²⁴²”. Até o século XI, quando conquistada pelos normandos – primeiramente havia domínio do Império Romano, e depois dos anglo-saxões –, a monarquia inglesa foi muito forte, mas aos poucos observou o declínio em seu poder, em uma disputa entre os monarcas e os nobres²⁴³ – estes posteriormente aliados aos burgueses –, emergindo, como forma de limitação dos poderes do rei, o parlamento e alguns documentos escritos em forma de lei. Essas lutas internas originaram um direito inglês próprio (*statute law*), lastreado em um conceito de justiça e na construção da sociedade inglesa que culminou como um todo no *common law*²⁴⁴ – e *equity*.

Em termos gerais, durante longos séculos a Jurisdição²⁴⁵ dentro da

²⁴⁰ “Os reinos lutam constantemente por reconhecimento pelo Império, por outros reinos e especialmente pelo Papa. É a partir de uma rede de relações de reconhecimento ou de vassalagem que se estabiliza um reinado para o exercício do poder político sobre determinado território, minimizando expressivamente contestações externas e internas. Como uma das consequências do poder de império (*imperium*) é a de dizer o direito, todos os monarcas que se constituem desejam a imposição de sua vontade como direito”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 167.

²⁴¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 179-196.

²⁴² KRITSCH, Raquel. **Rumo ao Estado moderno**: raízes medievais de alguns de seus elementos formadores. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24625.pdf>. Acesso em: 15 ago. 19.

²⁴³ Isso ocorreu porque o rei feudal, para acumular poder, precisava retirar o poder de outrem por meio de conquistas em batalha, tendo em vista que normalmente isso não se dava espontaneamente. O problema é que esse poder centralizado advinha da retirada do poder de seus próprios nobres, que também, pelo sistema feudal existente, constituíam o próprio exército do rei, e reagiam contra ele.

²⁴⁴ “Así ocurre y reconocidamente en los ordenamientos anglosajones, en los cuales los jueces deben decidir los casos según la ratio decidendi o principio de derecho que ha sido aplicado judicialmente para resolver un caso análogo al que deba decidirse (tratando do stare decisis em confronto com o statute law)”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 41.

²⁴⁵ “A diferenciação teve início a partir do século XII, quando os reis da Inglaterra conseguiram, bem antes dos reinos do continente, impor sua autoridade sobre o território de sua jurisdição, diminuindo o poderio dos senhores feudais. Uma das formas utilizadas para impor o seu poder foi lançar mão das jurisdições reais, ou seja, desenvolver a competência de suas jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais, que perderam progressivamente a maior parte de suas atribuições. A

Inglaterra foi exercida de forma dupla: de um lado, dentro dos feudos, pelo senhor feudal, justapondo-se ao direito consuetudinário, notadamente o anglo-saxônico, influenciado também pelo cristianismo; de outro, de forma subsidiária e excepcional, pelos tribunais do reino, instituídos a partir dos normandos, que, de forma centralizadora, passaram a aplicar, especialmente do tocante ao que hoje poderíamos denominar direito público, o direito considerado comum (*common law*).²⁴⁶

Foram os normandos que também trouxeram o feudalismo à região. A relação entre senhor feudal e vassalos foi inserida de maneira vertical e mais acentuada no que em outros lugares do mundo, com o único propósito de servir à realeza. O território, então, foi repartido em feudos, chamados de condados, e repartidos entre os condes, que deles cuidavam em nome do rei, e “cada feudo era administrado por um funcionário do rei, chamado de xerife, que tinha autoridade sobre os senhores feudais, os comerciantes e os camponeses²⁴⁷”.

O centralismo implementado pelos normandos foi tamanho que o rei Henrique II, no século XII, “conseguiu nomear juízes para presidir os tribunais locais e submeteu os clérigos à legislação comum”, os quais passaram a ser julgados pelo Estado, e não mais pela Igreja.

A história familiar de Henrique II é peculiar e merece destaque, sob a ótica jurídica, como fechamento do presente tópico que discorreu sobre a idade média. Henrique II teve dois filhos que ganharam notoriedade na história. O primeiro deles, Ricardo Coração de Leão, foi um rei bastante preocupado em conquistar territórios e, por isso, era mais dedicado à guerra do que em centralizar suas ações no reino. Ele foi sucedido pelo irmão João Sem-Terra, que assim ficou conhecido por não ter recebido na herança bens imóveis.

fórmula utilizada pelos reis para impor sua jurisdição foi inovadora e eficiente. No reinado de Henrique II (1154-1189), portanto no século XII, foi criado o sistema denominado *writs*”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**.p. 181.

²⁴⁶ REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2017. p. 43.

²⁴⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 182.

João Sem-Terra não era bem quisto pelos nobres. Traçava política externa desastrosa, perdendo parte de seu território e se indispondo com o papado. Internamente, aumentava impostos para combater os nobres que lhe faziam oposição. Foi nesse contexto que a nobreza se reuniu para elaborar o documento feudal conhecido como *magna carta libertatum*²⁴⁸, que pretendia resguardar benefícios concedidos a eles, senhores feudais, e, ao mesmo tempo e por consequência, impor limites ao poder do rei, em um ato de defesa da liberdade inédito²⁴⁹. A carta magna²⁵⁰ regulamentou a organização judiciária, criou institutos jurídicos como o *habeas corpus*, a proporcionalidade entre o delito e a pena e o julgamento pelo tribunal do júri. Posteriormente²⁵¹, abriu caminho para a formação da petição de direitos (1628), documento elaborado pelo Parlamento inglês, assim como o *habeas corpus act*²⁵² (1679) e o *Bill of Rights*²⁵³, em 1689 – esses últimos, já

²⁴⁸ “Contra tal movimento de reconcentração de poderes, passaram a surgir as primeiras manifestações de rebeldia, cujo principal exemplo ocorreu na Inglaterra, quando da redação da Magna Carta, de 15 de junho de 1215, pela qual o rei João Sem Terra reconheceu certos privilégios e liberdades aos barões feudais, limitando sua própria soberania e vinculando o monarca às leis por ele editadas”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 64.

²⁴⁹ “Os Direitos Fundamentais, nesse documento histórico, são explicitados de modo claro e objetivo, mas apenas em face da *burguesia* (à época no sentido de aristocracia ou nobreza = os ‘barões’). Pela primeira vez um Código (ordenamento jurídico) se fundamentaria não no poder divino (*omnia potestas a Deo*) mas num contrato formal entre o ‘titular’ do poder e a nobreza (os ‘barões’). [...] Parece claro, à luz da Carta de 1215, que os Direitos Fundamentais são identificados como os relativos ao baronato diante do poder central (o Rei)”. NOGUEIRA, Alberto. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 29-30.

²⁵⁰ Apesar de conter inúmeras regras que, hoje, são direitos fundamentais, como o devido processo legal, o princípio da legalidade e da irretroatividade das leis, a Magna Carta tinha como preocupação principal a proteção dos interesses econômicos dos barões e dos comerciantes, não tendo uma preocupação em proteger a dignidade de todos os seres humanos, mas somente de um grupo privilegiado. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 31.

²⁵¹ “A Magna Carta foi confirmada, com ligeiras alterações, por sete sucessores de João Sem-Terra”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 84.

²⁵² Inspirou a lei inglesa de 1679, o *habeas corpus act*: “A importância histórica do *habeas corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 100.

²⁵³ “Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 105.

na idade moderna.²⁵⁴

1.4 IDADE MODERNA – (1453 d.C. a 1789 d.C.)

Como anteriormente afirmado, inexistiu consenso literário sobre a data ou fato exato que determinou o início ou o término de um período histórico da evolução humana. Elegendo-se como critério o desenrolar humanístico ocidental, pode-se afirmar que a queda do Império Bizantino (Império Romano Oriental), em 1453, pôs termo à idade média e sedimentou o início da idade moderna, que se estendeu até a Revolução Francesa, em 1789.

A **idade moderna** foi um período histórico substancialmente menor do que as idades antiga e média, perdurando por cerca de quatro séculos, mas do ponto de vista do desenvolvimento foi uma era de grandes descobertas, tanto tecnológico quanto especialmente marítimo, que possibilitaram a sedimentação do capitalismo, da globalização e do Estado²⁵⁵ com seus elementos estruturantes após o auge e

²⁵⁴ “A *Magna Charta Libertatum* de 1215 foi o marco medieval da limitação do poder pelo respeito a alguns direitos fundamentais. Apesar de consagrar tais direitos apenas para os senhores feudais, a Carta inglesa, nascida das controvérsias entre esses nobres e o Rei João Sem Terra, teve o condão de colocar, em um plano normativo, as limitações do poder do soberano e a influência dos órgãos colegiados de nobres nas decisões do monarca. Entre outras garantias, previa a restrição ao poder de tributar, a proporcionalidade entre delito e sanção, o devido processo legal, o livre acesso à Justiça, e a liberdade de locomoção. Essa luta pela limitação do poder monárquico foi o principal fator influenciador das teorias democráticas da Idade moderna, que defenderam um Estado onde predominasse a pluralidade em termos de participação popular na formação da vontade estatal e onde os direitos fundamentais pudessem ser garantidos com maior efetividade possível, teorias que culminaram nas Declarações de Direitos dos séculos XVII, XVIII e XX”. GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 36.

²⁵⁵ “O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke fere para o Parlamento. Com Rousseau e Hobbes, a soberania e a Revolução Inglesa, ela se transe as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito**

decadência do absolutismo monárquico. Em seu viés social, foram eventos marcantes o absolutismo monárquico, as grandes navegações, o renascimento, o iluminismo²⁵⁶ e as revoluções nos Estados Unidos e França – também o princípio da primeira revolução industrial, bem ao final do período, quase tocando a idade contemporânea.

O extenso período da **idade média** consistiu em uma transição das bases sociais solidificadas pelo Império Romano na idade antiga para uma nova roupagem social que se verificaria a partir da idade moderna. Após as invasões e conquistas, a arquitetura apresentada pelo sistema feudal já não era suficiente para contornar os interesses que emergiam de uma nova cultura organizacional.²⁵⁷

No modelo feudal não havia centralização de poder, ocasionando um quadro de permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade.²⁵⁸ O poder estava pulverizado entre os nobres, notadamente senhores feudais, que exerciam forte influência política sobre os respectivos reinos, e cada reino, por sua vez, poderia estar submetido a outro poder maior, como, por exemplo, o Sacro-Império Romano. Internamente, cada feudo possuía autonomia em relação aos demais, conjunturas que dificultavam a integração entre eles e também com as comunas, cidades medievais que passaram a se desenvolver e ganhar notoriedade ao final da idade média, atraindo o

constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 36

²⁵⁶ “O século XVIII foi conhecido como o Século das Luzes, do Iluminismo ou da Ilustração, a iniciar o otimismo no poder da razão para reorganizar o mundo. No Renascimento desenrolara-se a luta contra o princípio da autoridade e a busca dos próprios poderes humanos, pelos quais o homem teceria, ele mesmo, a trama de seu destino”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 396.

²⁵⁷ “A Idade Moderna começa a esboçar-se com a expansão comercial, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações, e no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo, a propriedade privada mobiliária torna-se mundial. À custa das novas colônias tem-se o período denominado de fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista”. GASSEN, Valcir. **A natureza histórica da instituição do direito de propriedade.** In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito.** p. 183.

²⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 76.

morador do campo em busca de prosperidade urbana²⁵⁹

Além disso, os senhores feudais “já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstâncias, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causava prejuízo à vida econômica e social²⁶⁰”. Por isso, procuravam a estabilização do poder soberano que pudesse ser a autoridade suprema dentro de uma região territorial por meio da formação de uma unidade.²⁶¹

Ainda, a tradicional divisão de classe social estamental enxergava emergir uma nova categoria burguesa nos centros urbanos murados – burgos –, composta, exemplificadamente, por comerciantes, banqueiros, mercadores, artesãos, que da mesma forma clamava por uma melhor organização comunitária para possibilitar o avanço do comércio. O comércio, por sua vez, juntamente com o êxodo rural, tornou imperativo a substituição do escambo, característico da idade média, pela implementação da moeda – como ocorria na antiguidade durante o Império Romano.

Esses foram fatores endógenos que possibilitaram o aparecimento do **absolutismo monárquico**, que teve suas raízes na idade média, mas paulatinamente se consolidou no decorrer da idade moderna. O absolutismo monárquico e o centralismo do poder na pessoa de um rei soberano²⁶², apesar de ter se originado nas necessidades sociais, não foi uma ruptura, mas sim uma adaptação do sistema feudal aos novos tempos que emergiam, mais para um aparelho de dominação e controle das massas do que para um árbitro entre a

²⁵⁹ “El desarrollo de la vida urbana coincidió en el tiempo con la crisis del modelo feudal y con una paralela acumulación de poder en manos de los reyes”. MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión**. p. 68.

²⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. p. 77.

²⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. p. 77.

²⁶² O soberano pode dispor ilimitadamente sobre o Direito, pode romper o direito, pode avocar qualquer competência para si; a soberania do soberano é absoluta, irrevogável e temporalmente ilimitada; a soberania do soberano tem conteúdo ilimitado. “O conceito de ‘absolutismo’ foi desenvolvido a partir das ideias de que o monarca soberano seria o ‘*legibus absolutus*’, ou seja, ele não estaria vinculado através do Direito e da Lei”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Título original: *Einführung in die Staatslehre*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 81.

aristocracia e a burguesia, e menos ainda como instrumento desta neonata classe social.²⁶³

Com o aprofundamento da centralização do poder, foi necessário obter força de coesão por intermédio de um exército próprio, permanente e amoldado aos novos tempos, e para tanto a coroa passou a taxar seus súditos, em um sistema tributário que incluía o patrocínio da força bélica mas também, por consequência, o custeio da burocracia implementada para a consecução da máquina pública. Para ser possível a centralização do poder de modo efetivo, o absolutismo também absorveu o sistema de justiça para si, eliminando qualquer outra espécie de tribunal ou modo de solução de conflitos que não fossem os do rei.

As doutrinas de Nicolau Maquiavel (1469-1527)²⁶⁴, trazendo ensinamentos de dominação aos reis e aduzindo que os fins justificam os meios, em *O Príncipe*; Thomas Hobbes (1588-1679)²⁶⁵, explicando que o poder derivava do pacto entabulado entre todos para que um dos homens governasse, e o rei era o resultado desse pacto, porque assim a vontade do rei reuniria todas as demais vontades, em *Leviatã*, e; Bispo Jacques Bossuet (1627-1704), dizendo que a autoridade do rei é sagrada porque deriva de deus, na obra *Política Extraída da Sagrada Escritura*, demonstram os contornos dados à crença popular sobre como deveria funcionar o antigo regime.

²⁶³ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 18.

²⁶⁴ “As palavras de ordem defendidas por Maquiavel eram: fazer guerras, conquistar e subjugar outros países, aniquilar o inimigo, exterminar os adversários e seus descendentes, destruir e espoliar os que ameaçam o poder do soberano, vencer pela força ou pela fraude, instituir o medo e por aí vai. Suas ideias podem ser sintetizadas na conhecida máxima “os fins justificam os meios”, embora, curiosamente, essa frase não esteja escrita, de forma expressa, na obra de Maquiavel. O resultado dessa mistura de Hobbes e Maquiavel é um Estado forte (*Leviatã*), absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder. Para que os fins fossem atingidos, a lei não deveria ser empecilho. Em outros termos: a vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica. Não haveria limites para o poder estatal”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 34.

²⁶⁵ “Hobbes defendia que o soberano deveria possuir um poder absoluto, sem qualquer limitação jurídica ou política. Nada que o soberano fizesse poderia ser considerado injusto, até porque ele seria o juiz de seus próprios atos e ninguém poderia questioná-lo. O soberano julgava, mas não poderia ser julgado. O soberano legislava, mas não estava submetido à própria legislação que ele editava. Enfim, o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus. Naturalmente, esse foi o argumento teórico utilizado para tentar justificar o chamado Estado absoluto, que foi o modelo político adotado por praticamente todos os países ocidentais que se destacaram durante os séculos XV a XVIII”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p.33.

O surgimento da prensa móvel, criada pelo alemão Johan Gutemberg, em 1450, proporcionou uma melhor divulgação e alcance do direito vigente e dos pensamentos filosóficos existentes, possibilitando, ainda mais, com relação ao primeiro, a centralização do poder, e, no tocante ao segundo, a difusão de ideias²⁶⁶ - das ideias dominantes e de dominação.

O melhor exemplo²⁶⁷ histórico desse absolutismo ocorreu no século XVII na França, trazido por Luís XIV, conhecido como “Rei Sol”, pois tudo girava ao seu redor. Ele governou entre os anos de 1661 e 1715, e, não obstante a centralização do poder, seu governo não trouxe prosperidade.

Luís XIV governou sozinho, dissolvendo o Conselho de Estado então existente e recrutando alguns ministros dentre burgueses. Os nobres, que passaram a ficar ociosos, foram inseridos em uma corte real projetada para eles, sem funções práticas, a qual chegou a ter mais de 6.000 pessoas no Palácio de *Versailles*, construído com essa finalidade, consumindo grande parte do orçamento público monarca enquanto a maioria da população passava fome.

A organização social francesa era pautada em classes, que deveriam ser aparentes, independentemente da riqueza de cada indivíduo, distinguidas inclusive pelos tecidos que cada uma delas poderia utilizar em suas vestimentas ou nos bancos em que elas poderiam ocupar nas igrejas e demais cerimônias.

O Conselho da reforma da justiça, formado pelo rei Luís XIV, concluiu seus trabalhos apresentando a Ordenação Civil, em 1667, e a Ordenação Criminal, em 1670, formando o Código Luís. A partir de então os tribunais de justiça foram

²⁶⁶ “Contrariamente ao pressuposto de que o Direito começou a ser escrito na Grécia antiga, tão logo surgiu a escrita, para que o povo tivesse acesso às leis, os estudos publicados nos últimos anos reconhecem na inscrição das primeiras leis escritas uma demonstração de poder da cidade (pólis) sobre cidadãos. A escrita é vista como nova tecnologia que, ao se tornar disponível, foi utilizada como meio de controle e persuasão. Dessa forma, confirmava-se a autoridade da cidade e impunha-se a ordem na vida dos cidadãos. Situação idêntica ocorreu com o surgimento do Estado moderno”. SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. p. 109.

²⁶⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 197-222.

reunidos, afastando outro obstáculo à centralização e ao absolutismo, que era o sistema de justiça fragmentado. O mesmo ocorreu com as polícias, unificadas em torno do rei. Embora não houvesse pena de prisão, as masmorras estavam lotadas de presos provisórios aguardando julgamento, encaminhados quando presos em flagrante delito pela polícia ou por ordem do rei (ordens régias).

Por certo que dentro das classes sociais havia privilégios observados no ordenamento jurídico para serem julgadas por cortes especiais e de acordo com regramentos próprios, mas por evidente também que todo esse conjunto harmonizava com o desejo do rei.²⁶⁸

Esse era o modelo padronizado de **sistema de justiça** da idade moderna, notadamente no continente europeu, integralmente situado na pessoa do monarca²⁶⁹, não apenas na França, mas também nos demais Estados absolutistas. Isso valia para a composição dos tribunais de justiça e para a própria criação do direito, igualmente derivado única e exclusivamente do rei como fonte primária e soberana – *quod principi placuit, legis habet vigorem*.

A organização judiciária, assim, era dissonante daquela experimentada durante a idade média, onde coexistiam diversas jurisdições, como, por exemplo, do reino, eclesiásticas e dos inúmeros feudos, assim como o direito, que deixou de ser esparso e desconexo e passou a ser ditado exclusivamente pelo rei.

²⁶⁸ Nesse mesmo contexto: “Volviendo al mundo real, cada categoría de sujetos en el seno de una sociedad fraccionada en clases u órdenes tenía un estatuto propio, sobretudo en materia fiscal, y sus propios tribunales. Es cierto que teóricamente tales clases no eran estructuras sociales cerradas a las que no se pudiese acceder si se había nacido en otra, pero en la práctica eso era lo que ocurría: el nacimiento determinaba la pertenencia a una clase social, y con ello quedaba condicionada la vida entera del individuo”. MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión**. p. 70.

²⁶⁹ “La fórmula *quod principi placuit, legis habet vigorem* fue asumiéndose como explicativa de la máxima posición normadora del monarca, del cual además emanada toda justicia. Se implantó un modelo de administración territorial basado en la existencia de funcionarios dependientes del soberano y responsables ante él”. MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión**. p. 70.

Os julgamentos²⁷⁰, contudo, observavam os mesmos procedimentos. Ainda vigorava o sistema inquisitivo, que, além de também concentrar as funções processuais em uma única pessoa, partia do pressuposto de que se o réu estava sendo processado, era culpado, e deveria ele mesmo provar a sua inocência – com a inversão do ônus da prova. “Os juízes tinham poderes absolutos, a legislação não era clara, o grande objetivo do processo era fazer o réu confessar porque era considerado um ‘bom termo’²⁷¹”, ocasião em que, para tanto, era amplamente aceita a tortura. Não existia igualdade perante a lei e o sistema de provas continuava lastreado nas ordálias e duelos judiciais. Não sendo suficiente, ao cabo do processo prevalecia o princípio *in dubio pro societate*, “ou seja, em havendo qualquer possibilidade de o réu ser culpado, este deveria ser condenado como forma de proteção à sociedade²⁷²”.

“Os que escapavam a elas deveriam, ainda, preocupar-se com a Santa Inquisição promovida pela Igreja Católica, que por motivos ainda menores, incendiava os corpos dos considerados hereges²⁷³”.

Em termos gerais, o centralismo, implementado por meio do absolutismo monárquico, com apoio das classes sociais mais elevadas em busca de um aprimoramento da organização social, que em alguns casos permitiu a difusão de governos tirânicos, passou a ser questionado pelos pensadores daquele tempo, em um movimento denominado iluminismo, ou época das luzes, fortemente influenciado pelo renascimento²⁷⁴ e pela revolução científica²⁷⁵.

²⁷⁰ “Este juiz depende de uma autoridade externa. Ele julga em nome de um outro poder mais alto. No final da Idade Média e nos primórdios dos tempos modernos, por isso desde o século XV até o século XVIII, Deus e o *ius divinum* são essas duas autoridades; mais tarde será o direito romano, que na aura da ‘lei do imperador’ na antiguidade, quer como lei da razão, como justiça natural ou ‘*ratio scripta*’ (razão escrita). Quanto mais os Estados modernos se tornam Estados de legislação, mais as noções de Deus e razão ou natureza são substituídas pelo texto do direito escrito e impresso, sendo essa afinal a intenção do legislador”. STOLLEIS, Michael. O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 24.

²⁷¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 209.

²⁷² CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 216.

²⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2005. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. p.19-23.

²⁷⁴ Séculos XIV-XVI. Valorização das referências existentes na antiguidade, acarretando avanço cultural na transição entre feudalismo e capitalismo.

O **renascimento** (renascença - *renaissance*), foi um movimento cultural originado na Itália, patrocinado por famílias abastadas, que buscava a renovação cultural baseada na arte clássica da Grécia e de Roma, somados a conceitos atualizados para a época. Um dos seus ideais era o humanismo, onde o homem, e não deus, passaria a ser o centro do mundo, secularidade esta que arraigou suas raízes em todos os setores do conhecimento.²⁷⁶

O **iluminismo**²⁷⁷, por sua vez, também tinha como base o humanismo, como objetivo a felicidade humana a ser encontrada por meio da liberdade de pensamento e como crença o progresso, incentivados pelas descobertas científicas e tecnológicas daquele período histórico. “Propunham uma cidadania centrada na liberdade e na defesa burguesa da Propriedade”. A cidadania era defendida com base nos preceitos apresentados pela antiguidade clássica, pautada na renúncia de liberdades individuais em favor do coletivo como uma criação artificial, por intermédio de um pacto ou contrato social, da forma apresentada por Hobbes²⁷⁸ um século antes, cidadania esta que também deveria regular os governos no exercício dos poderes do Estado.²⁷⁹

Dessa forma, a vida em comunidade sendo entendida pelo iluminismo como uma sociedade, em uma associação voluntária composta por homens livres, a lei organizadora, refletida pelo Estado explanando a vontade do povo, deveria garantir a igualdade entre todos, sem exceção, com fundamento na própria cidadania, que só seria concretizada a partir da positivação dos direitos, em um modelo de Estado diferente do até então conhecido nesse antigo regime.

²⁷⁵ Séculos XVI-XVIII. Ciência deixa de estar vinculada à teologia e passa a constituir conhecimento prático e racional.

²⁷⁶ DALAL, Roshen. **A compacta história do mundo**. p. 65.

²⁷⁷ “O Iluminismo, movimento intelectual surgido ao longo do século XVIII (o “Século das Luzes”), que enaltecia a razão e a ciência como ferramentas para conhecer a verdade, possibilitou que a liberdade de manifestação do pensamento fosse considerada um valor essencial para o desenvolvimento das ideias e para o consequente progresso da humanidade. O pensador francês Voltaire, que foi um dos principais personagens do Iluminismo, disse uma frase que resume bem esse espírito em favor da liberdade de expressão. Disse ele: “Posso não concordar com nenhuma das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte teu direito de dizê-las”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**.p. 42.

²⁷⁸ Thomas Hobbes (1588 –1679), na obra *O Leviatã* (1651).

²⁷⁹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 203/4.

Nascia assim o primado iluminista mais difundido na atualidade: a tripartição de poderes do Estado, aprimorada por Montesquieu²⁸⁰, como forma de contrapor o absolutismo monárquico, inspirado, de certa forma, na ideia de pacto social (depois aperfeiçoada por Rousseau em O Contrato Social²⁸¹), baseada na necessidade de representação popular como única forma de exteriorizar a vontade do povo, ou seja, por intermédio de um governo democrático.²⁸²

Os iluministas também defendiam ferrenhamente a liberdade individual, a propriedade e a igualdade, esta manifestada na possibilidade de, mesmo o mais pobre, escolher para quem trabalhar, aos moldes do que preceitua o capitalismo.

Ao lado de Locke, Montesquieu e Rousseau, outro iluminista que mereceu especial relevo, a partir de uma perspectiva jurídica, foi **Cesare Beccaria**, autor da obra Dos Delitos e das Penas²⁸³, cujo conteúdo questionou o poder punitivo estatal existente durante o absolutismo e se tornou a base principiológica do direito penal e o alicerce dos direitos individuais contemporâneos.

Beccaria nasceu na Itália, em 1738, primogênito de uma família nobre de seis filhos; destacou-se nos estudos desde cedo, formando-se em direito aos 20 anos de idade. Após a formatura, Beccaria rompeu relações com sua família e seu círculo de atividade e, aos 22 anos de idade, apaixonou-se por uma mulher, desaprovada por seu pai, que, em razão disso, conseguiu um decreto para que ele fosse preso²⁸⁴, oportunidade em que ele conheceu pessoalmente o regime

²⁸⁰ Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (1689 - 1755), na obra O Espírito das Leis (1748).

²⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: Princípios de Direito Político. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Tradução de Antônio P. Machado.

²⁸² “O século XVIII foi também o século das revoluções burguesas: Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688), já no final do século antecedente, e a Revolução Francesa. Esses acontecimentos repercutem no Novo Mundo com os movimentos de emancipação, como a Independência dos Estados Unidos (1776), a Inconfidência Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798). Na Inglaterra os representantes da Ilustração são, sobretudo, Newton e Reid, herdeiros de Locke e Hume. Na França, surgem Montesquieu, Voltaire e Rousseau. Essas ideias são popularizadas pela publicação da Enciclopédia”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 399.

²⁸³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. p.19-23.

²⁸⁴ Havia a possibilidade naquela época dos pais prenderem seus filhos como modo de correção e

penitenciário e os horrores vivenciados nas masmorras. A obra *Dos Delitos e das Penas* foi publicada em 1764, quando ele tinha 26 anos de idade, anonimamente, por receio da santa inquisição.²⁸⁵

Naquela época toda a legislação criminal europeia era relativamente uniforme e semelhante, apoiadas nas ordenações de Carlos V (1532) e de Francisco I (1539), embora Luís XIV tenha modificado parcialmente as formas processuais (1670), o direito material continuou o mesmo. Todas elas traziam inspirações romanas, instituídas por Justiniano e estudadas por glosadores e pós-glosadores, com penas exageradamente desproporcionais e cruéis, inclusive de morte de diversas maneiras para delitos graves, como homicídio, mas também para pequenos delitos, como furto de alimentos.²⁸⁶

Em contraposição a isso, Beccaria registrou em sua obra, dentre tantos pensamentos, a necessidade de se observar princípios da legalidade, da igualdade, da lesividade, da proporcionalidade, da finalidade da pena, todos de cunho evidentemente obrigatórios na atualidade mas que durante o absolutismo não passavam de utopia. Beccaria também tratou da delação premiada, consentindo com a lei que concedesse impunidade ao cúmplice revelador de qualquer delito: “um outro meio de prevenir os delitos é aquele de recompensar a virtude”.²⁸⁷

Com relação a outros marcos históricos do período, foi durante a idade moderna que o capitalismo se sedimentou, assim como as navegações proporcionaram incontáveis descobertas oceânicas. Foi também ao final do período que ocorreram as duas grandes Revoluções, a estadunidense e a francesa.

As grandes explorações marítimas buscavam o lucro, por intermédio da

educação.

²⁸⁵ PÍTICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017. p. 132.

²⁸⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos os povos**. 12 ed. São Paulo: Ícone, 2013. p. 196-231. E também: CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 208-222.

²⁸⁷ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos os povos**. p. 196-231. E também: CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 208-222.

instauração de colônias nos territórios encontrados, fossem elas de povoamento ou meramente para exploração. Normalmente se buscava a extração ou produção de mercadorias inexistentes no país de origem, como forma de complementação e diversificação, sem, contudo, operacionalizar uma concorrência interna. Em regra, qualquer das mercadorias produzidas na colônia só poderia ser vendida para a origem, em uma espécie de pacto colonial.²⁸⁸

E com a colonização dos **Estados Unidos**, efetivada pela Inglaterra, não foi diferente. Mas nas treze colônias estadunidenses havia a peculiaridade do clima existente naquela região ser diametralmente oposto entre norte e sul. Enquanto no sul fazia calor e possibilitava a produção de mercadorias não existentes na Inglaterra, o clima da parte norte era absolutamente idêntico ao europeu, limitando a escala produtiva a pouquíssimos produtos. Por isso, o norte era caracterizado por pequenas propriedades e mão de obra livre, enquanto o sul por latifúndios escravocratas.²⁸⁹

As colônias do norte não traziam lucro financeiro, apenas político, pois era o local destinado a pessoas ou grupos indesejados na Inglaterra. Essas colônias não respeitavam o regramento ou o pacto colonial inglês, sendo, inclusive, a partir do século XVIII, concorrente comercial da Inglaterra. Esse fato, somado aos gastos militares despendidos pela Inglaterra na guerra dos sete anos vencida contra a França (1756-1763) impeliram a Inglaterra a taxar produtos dos Estados Unidos, como forma de aumento de receitas mas também como retaliação. Iniciou-se com a taxa ao açúcar e a obrigatoriedade de utilização de selo inglês em todos os produtos; passou pela lei do aquartelamento; posteriormente com a concessão de monopólio do comércio de chá para a Companhia das Índias Orientais; culminou com as leis intoleráveis. Todo esse contexto em prejuízo às colônias do norte, mas sem atingir as do sul.²⁹⁰

A crise gerada com as colônias do sul foi outra. Antes de 1763, “a

²⁸⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 223/4.

²⁸⁹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 223/4.

²⁹⁰ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 224/6.

Inglaterra incentivava a ocupação de terras situadas a Oeste, como forma de combater as pretensões territoriais de Espanha e França”. Porém, depois da guerra dos sete anos, tendo a Inglaterra ficado com diversos territórios na América do Norte e Caribe que pertenciam à Espanha – que apoiou a França derrotada na guerra –, ela mudou sua política de colonização e exploração de novos territórios, acarretando a falência com colonos pioneiros e também dos latifundiários, que só conseguiam saldar as dívidas com os comerciantes ingleses a partir da ocupação de novas áreas de terra.²⁹¹

A questão econômica, porém, era apenas um lado da indignação que pautava o cotidiano nas colônias inglesas estadunidenses. O que mais incomodava os colonos era a sensação de exploração e não pertencimento²⁹² ao país de origem, ainda mais diante dos preceitos iluministas vivenciados naquele momento também na Inglaterra e da política de igualdade derivada do *Bill of Rights*, que acabou gerando nos colonos ingleses um sentimento anti-inglês, dando início ao processo separatista – o *Bill of Rights* de 1689 foi resultado da revolução gloriosa ocorrida na Inglaterra, fortemente influenciada pela doutrina de Locke no tocante à separação dos Poderes (legislativo, executivo e federativo), quando, a partir de então, demoveu-se do poder a monarquia absolutista dando origem a uma monarquia parlamentarista, que concentrou os poderes estatais no parlamento²⁹³.

A Virgínia foi a primeira colônia a se declarar independente, redigindo a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia fortemente inspirado no iluminismo, proibindo a hereditariedade e os privilégios nos cargos públicos, estando presente a tripartição de poderes preceituada por Montesquieu e o processo penal entabulado por Beccaria.²⁹⁴

²⁹¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 226.

²⁹² “Jovem, a nossa ideia quando nos lançamos contra esses casacas-vermelhas era que nos governávamos a nós próprios e sempre achamos isso. Eles achavam que não tínhamos esse direito”. Entrevista dada por um combatente da Guerra da Independência. CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 228.

²⁹³ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 37.

²⁹⁴ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 229.

A independência de todos os territórios reunidos ocorreu em 1776, com a promulgação da Declaração de Independência, redigida por Thomas Jefferson, pautada, novamente, pelos ideais iluministas. Há, assim, a ruptura com o antigo regime e a implementação de uma República, “sem reis e majestades, uma democracia representativa, que deveria garantir que a vontade da maioria prevalecesse nesse Estado²⁹⁵”. Onze anos depois, os estadunidenses proclamaram a “primeira Constituição codificada do mundo em 1787²⁹⁶”.

Em 1789, apesar de não se constituir em nenhuma colônia – como os “Estados Unidos” –, a **França** trilhou o mesmo caminho. A conjuntura político-econômica pré-revolucionária indicava que “às vésperas da Revolução Francesa o país ainda era agrário, mais de 85% da população vivia no campo”. O capitalismo já estava presente e crescente, “mas a organização social era baseada em estamentos, como na Idade Média”, e estava dividida em três estados. O primeiro estado era composto pelo clero (bispos e abades, no alto, e padres e vigários, no baixo). No segundo estado via-se a nobreza, subdivida em: a) palaciana, que vivia das pensões reais ocupando cargos públicos; b) provincial, que morava no campo; c) de toga, composta por burgueses que compravam o título. O terceiro estado abarcava 98% da população, dividida em classes sociais, como a alta, média e baixa burguesia, e, abaixo de todos, a massa diversificada de pequenos artesãos, empregados e trabalhadores rurais.²⁹⁷

Somente o terceiro estado pagava impostos e, com eles, sustentava os dois primeiros, gerando revolta na população e aclamação pela igualdade de direitos civis e políticos, negados pelo absolutismo monárquico, desde 1614, quando o rei deixou de convocar a assembleia dos três estados²⁹⁸. “Para se ter uma ideia, só os gastos do Palácio de Versalhes representavam 10% das despesas de toda a França”, “enquanto o povo se arrastava na escravidão e na miséria²⁹⁹”. A máquina pública era ineficiente. A dívida externa era maior do que o dobro do dinheiro francês

²⁹⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 223.

²⁹⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 38.

²⁹⁷ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 243/4.

²⁹⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 157.

²⁹⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 157.

em circulação. Os produtos ingleses barateados em razão da revolução industrial acabaram com as empresas locais. A França apoiou a independência das colônias inglesas, o que lhe custou o aumento da dívida e a disposição de um dinheiro que não detinha, além de “soldados voltando da América com estranhas ideias”.³⁰⁰

A crise generalizada obrigou o rei Luís XVI a convocar a assembleia dos notáveis, em 1787, para aumentar, ou reformar, o modo de cobrança e da tributação dos impostos territoriais, o que foi prontamente rechaçado. Então ele convocou a assembleia dos estados e, apesar do terceiro estado contar com maior número de participantes, sairia derrotado sempre que seus interesses conflitassem com os do primeiro e do segundo estado, tendo em vista que a votação não era pessoal, mas por categoria. Assim, em razão da contrariedade ao sistema de votação, o terceiro estado proclamou a assembleia nacional, sob oposição do rei, mas com adeptos dos demais estamento que se filiavam às ideias iluministas.

A assembleia nacional se tornou a assembleia constituinte, em 1789, e a revolução passou a tomar caráter popular, culminando, também, na queda da Bastilha e, após a recusa de Luís XVI em aprovar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁰¹, a tomada pela população do Palácio de Versalhes. A partir de então, “no instante do naufrágio da monarquia tradicional, quem quer que tenha pena se faz legislador³⁰²”. Novamente, assim como na independência norte-americana, as ideias de Beccaria e Montesquieu estavam presentes, inclusive com relação à tripartição de poderes: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição³⁰³”.

Diferentemente do que aconteceu com os Estados Unidos, que a partir da

³⁰⁰ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 244.

³⁰¹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 ago. 19.

³⁰² STAROBINSKY, Jean. **1789: os emblemas da razão**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1988. p. 44/5.

³⁰³ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**.

independência rumou para a consecução de uma república democrática, o pós-revolução francês foi mais complexo, passando por diversas fases, desde a monarquia pseudoconstitucional, passando brevemente pela república, até o ciclo imperial, também centralizador de poder, instituído por Napoleão Bonaparte.

Por fim, outro acontecimento histórico e revolucionário do período teve seu berço na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, consistente na **revolução industrial**³⁰⁴, com o aparecimento de grandes centros de produção, especialmente no tocante ao uso de tear mecânico para a manufatura do algodão e confecção de tecidos, assim como o surgimento de máquinas a vapor em substituição ao uso da força humana e animal, fenômeno que posteriormente³⁰⁵ se espalhou para outros países no século XIX, como Estados Unidos, Japão e os do continente europeu. A revolução industrial foi a impulsionadora do surgimento do Estado social e da segunda dimensão dos direitos.

Nesse período do final da idade média já existia o Estado em sua primeira concepção “moderna”, pautado por um viés absolutista. Tanto o Estado moderno quanto as revoluções estadunidense e francesa serão temas abordados recorrentemente do decorrer da pesquisa, mas foram expostos aqui porque são acontecimentos que fazem parte da idade moderna na “linha do tempo”, todos essenciais para a compreensão do surgimento do Estado moderno e da monopolização estatal da Jurisdição, assim como seus respectivos elementos.

³⁰⁴ “A revolução industrial, que se iniciou na Inglaterra em meados do século XVIII, foi um marco da transição do homem de sua posição de artífice para um mero operador de máquinas, mecânicas, hidráulicas e a vapor, que eram rápidas e baratas, e, mesmo produzindo produtos que em alguns casos eram de qualidade inferior, ainda assim eram uma grande fonte de lucro para os industriais. Com o surgimento dessas máquinas, que foram o resultado de evolução gradativa dos meios de produção, exigiu-se maior agilidade no escoamento da produção, criando a necessidade de maior mobilidade para as pessoas. Dessa forma, os produtos e as pessoas não podiam mais ser transportados por tração animal. O trem foi a grande solução para o escoamento da produção e o transporte de pessoas, servindo inclusive de tema para artistas como Claude Monet, atento à importância dessa máquina na relação velocidade e vida moderna”. FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. São Paulo: Érica, 2014. p. 41.

³⁰⁵ “[...] mais especificamente a partir de 1850, fenômeno que ficou conhecido como segunda fase da Revolução Industrial. Os países que comandaram a segunda fase da Revolução Industrial foram Inglaterra, França e Prússia (atual Alemanha)”. HOVARTH JÚNIOR, Miguel Barueri. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Manole, 2011. p. 1.

CAPÍTULO 2

O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO E A MONOPOLIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

2.1 O PRELÚDIO DO ESTADO MODERNO

O Estado moderno – ou Estado de modelo “europeu³⁰⁶” – emergiu na Europa, por volta do século XV, a partir do colapso e fragmentação do sistema feudal até então vivenciado, e se desenvolveu em torno do capitalismo mercantil observado em Portugal, Espanha, Inglaterra e França. Não houve uma ruptura abrupta, mas sim um processo³⁰⁷ de continuidade que caracterizou o antigo regime em um absolutismo monárquico³⁰⁸, cuja centralização do Poder derivou daquele exercido nos feudos pela realeza e sustentado pela alta sociedade estamental sedimentada no clero e nobreza.

A etimologia nos orienta que a palavra Estado provém da expressão latina *status*, e nem sempre foi utilizado como sinônimo de sociedade política, como observado na Grécia – *polis* – ou em Roma – *civitas*. Na idade média, os termos principado, reino, república, *reich* e *staat* eram empregadas com a intenção de se identificar o Estado, locução que se tornou popular como organização³⁰⁹ social

³⁰⁶ “O moderno Estado de tipo europeu emergiu na história como Estado nacional (foram tanto a nação como o poder centralizador do Rei que lhe conferiram unidade e coesão).” MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 106.

³⁰⁷ “O Estado deve ser encarado como processo histórico a par de outros. Quer como ideia ou concepção jurídica ou política, quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins a que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 8.

³⁰⁸ “A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 35.

³⁰⁹ “[...] toda organização é uma cooperação planificada de homens e instituições ‘para o incremento da potência operante dos esforços humanos’. Este aumento do efeito operante pela organização excede em muito a mera soma das atividades individuais”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.

estruturada do exercício do Poder com Maquiavel (1469-1527), na obra *O Príncipe*, em 1531, ainda que naquela época faltassem os elementos essenciais exigidos tecnicamente para a caracterização do Estado moderno.³¹⁰

A denominação Estado enquanto situação permanente de convivência ligada à ideia de sociedade política, como preceituada por Maquiavel, foi utilizada nesse período histórico pelos italianos como sinônimo de uma cidade independente, como “*stato di Firenze*”. A expressão constou em textos franceses, ingleses e alemães nos séculos XVI e XVII, e na Espanha, até o século XVIII, era utilizada como sinônimo de grandes propriedades rurais de domínio particular onde os proprietários detinham Poder jurisdicional.³¹¹

Mas a concepção de Estado, na sua essência, é bastante antiga e remonta aos primórdios da civilização³¹². Os modelos estatais não possuem um curso uniforme e não representam a continuação de uns com os outros nas diversas épocas históricas. Apresentam, portanto, características singulares em cada período, tendo em vista que “todo fato histórico, todo fenômeno social oferece, além de sua semelhança com outros, um elemento individual que os diferencia dos demais, por mais análogos que sejam”. Por certo, também, que essa evolução³¹³ não pode ser considerada um acontecimento isolado que não sofreu influência do presente e do passado, especialmente com relação às instituições do Estado.³¹⁴

Não se objetiva, saliente-se, nesse momento da presente pesquisa, classificar todos os tipos de Estado, mas sim, acompanhando a linha do tempo necessária à compressão especialmente daquilo que toca a Jurisdição, apontar

São Paulo: Mestre Jou. Sem ano de publicação. Título original: STAATSLEHRE. Primeira edição em alemão: 1934. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. p. 277.

³¹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 59.

³¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 59.

³¹² SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 213. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 5 set. 19.

³¹³ AMARAL JÚNIOR, Alber. In: BUCCI, Maria Paulo Dallari e Murilo Gaspardo (orgs.). **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111-126.

³¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63-90. Obra utilizada como base para a descrição inicial do presente tópico.

elementos e características existentes em cada um dos principais modelos estatais existentes nos mais diversos períodos históricos. De acordo com suas fases, eles podem ser: Estado antigo; Estado grego; Estado romano; Estado medieval; Estado moderno – a partir do liberalismo, acrescenta-se a essa classificação como derivados do Estado moderno os Estados constitucionais liberal, social e democrático, como modelos evolutivos, assim como outros revolucionários, por exemplo, os totalitários soviético, fascista e nazista.

O **Estado antigo** é também conhecido como oriental ou teocrático, oriundo das civilizações³¹⁵ mais longínquas que habitaram o entorno do mediterrâneo – Mesopotâmia e Egito³¹⁶ –, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam uma unidade geral, sem divisão aparente em seu interior, no território ou de funções. Não há distinção entre religião, economia ou moral; a divindade preponderava sobre todas as demais, seja na personificação dela por meio do líder, seja na limitação da atividade do líder pelos sacerdotes³¹⁷, havendo “uma única forma de governo, que era a monarquia absolutista, exercida em nome dos deuses tutelares dos povos, [...] transmitido hereditariamente³¹⁸”.

Eram instáveis e viviam em constante guerra, anexando e perdendo territórios, sem uma base geográfica definida e delimitada, formando agrupamentos

³¹⁵ “Encontram-se sociedades historicamente antecedentes da formação do Estado, ainda que não inelutavelmente conducentes à passagem a Estado: são, entre outras, a família patriarcal, o clã e a tribo, a *gens* romana, a *fratria* grega, a gentilidade ibérica, o senhorio feudal. Mas importa distinguir entre as sociedades mais simples e as que já contêm instituições ou elementos precursores ou idênticos aos elementos ou instituições estatais (por exemplo, os esquimós, os bosquimanos, os pigmeus entre os povos que pertencem ao primeiro grupo); ou, doutro ângulo, entre as sociedades com poder anônimo ou difuso (as primitivas) e as sociedades com poder individualizado (exercido por um chefe em nome próprio)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 4.

³¹⁶ “Como traços mais marcantes do Estado do Médio Oriente apontem-se: – Identificação do poder político e do poder religioso e podendo chegar-se à divinização do monarca; – Forma monárquica (combinada com a teocracia, porquanto o monarca é adorado como um deus); – Ordem desigualitária, hierárquica e hierática da sociedade; – Reduzidas garantias jurídicas dos indivíduos (o que, todavia, não significa necessariamente que eles ou que todos eles sejam degradados a meros objetos sem quaisquer direitos); – Larga extensão territorial e aspiração a constituir um império universal. Lugar à parte ocupa apenas Israel, firmado na crença monoteísta, na recusa da natureza divina dos reis e no princípio da submissão da vontade destes à lei ditada por Deus”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 4.

³¹⁷ “Em geral, os povos eram politeístas, e por isso, [...] o poder real só encontrava uma limitação de fato imposta pelos privilégios de outras divindades, sempre defendidas por poderosos colégios sacerdotais”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 124.

³¹⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 123.

humanos heterogêneos, e nenhum legado, a não ser do ponto de vista da evolução cultural, contribuiu para o desenvolvimento da teoria do Estado. Há de se destacar, no entanto, que nessa época se iniciou a formação do Estado de Israel³¹⁹ – ou hebraico –, pautado pela participação popular na vida estatal, com uma legislação recheada de profundo sentido humano e democrático, condizente com o direito natural e que hoje poderia receber o qualificativo de democrático – “no sentido de que todos os indivíduos tinham a proteção da lei, inclusive contra o poder público”. O rei de Israel era escolhido por deus em uma manifestação “providencial” de vontade, passando, a partir de então, a ser o intérprete e o executor da vontade divina.³²⁰

Fala-se genericamente em **Estado grego**, pois não havia um Estado único centralizado em torno do povo helênico³²¹. Apesar dos diferentes costumes adotados em cada uma das cidades-Estados, como em Atenas e Esparta, ponto comum era a concepção deles em sociedade política, *polis*, o que permite a generalização: “A sociedade constituída por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, por assim dizer, o fim que se propôs³²²”. A finalidade, assim, era a autossuficiência, e não a expansão territorial ou a integração de vencidos com vencedores. Ao contrário, o Estado grego detinha uma rígida classificação social, que permitia que somente parte dela participasse efetivamente das decisões políticas – os cidadãos gregos³²³. As

³¹⁹ “Sob estas premissas restritivas, examino, objetivamente, os tipos históricos fundamentais de Estado, a partir da proposta de JELLINEK até o quinto tipo, assim: 1º - os Antigos Estados Orientais: o mais importante, segundo o Autor citado, é o israelita, pela influência que exerceu quer na constituição da Igreja primitiva, quanto na ideologia política da Idade Média e da Época Moderna. Ainda que não possa referir a uma participação regulamentada do povo no governo do Estado israelita, “muitas vezes: rei e povo contraem obrigações mútuas na forma de um pacto diante de Jeová”; PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo** [recurso eletrônico]. 4 ed. revista e ampliada. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 13.

³²⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 125/6.

³²¹ “Sob estas premissas restritivas, examino, objetivamente, os tipos históricos fundamentais de Estado, a partir da proposta de JELLINEK até o quinto tipo, assim: [...] 2º - o Estado Helênico: desvalorizando completamente o indivíduo perante o Estado, o seu ponto fundamental reside na sua “onipotência”. DALLARI recorda o caráter restritivo da democracia helênica, desde que somente os cidadãos é que participavam das decisões políticas, e o conceito de cidadão era muito restritivo. JELLINEK, no entanto, ao explicitar este tipo de Estado, enfatiza o fenômeno importante que são as incidentes exigências das doutrinas dos pensadores gregos, para quem a educação do cidadão para a virtude é o fim último do Estado; PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 13.

³²² ARISTÓTELES. **A política**. p. 17/8.

³²³ “Foi na pólis que se desenvolveu a chamada ‘democracia dos antigos’, isto é, a modalidade de autogoverno na qual as decisões políticas são tomadas em praça pública (ágora), mediante votação

diversas cidades-Estados mantinham certa independência uma sobre as outras, e quando reunidas formavam uma confederação.

O Estado grego nunca chegou a ser democrático na acepção da categoria existente no direito público contemporâneo. Era monárquico e patriarcal, apoiando-se o governo na classe aristocrática. Eventual tirania era contida pelo conselho de anciões e pela assembleia dos cidadãos³²⁴. Não confundiam Estado e religião, e o poder público encontrava limites no povo – *demos*.³²⁵

Não haveria espaço suficiente para descrever todas as peculiaridades³²⁶ de um pequeno agrupamento humano que no decorrer de séculos se tornou um dos maiores impérios que o globo terrestre já presenciou, carregado de diversas culturas, povos, costumes e organizações diferentes, e talvez soasse um tanto quanto artificial classificar todo esse contexto em uma única espécie de Estado. Não

aberta e direta dos cidadãos do sexo masculino, propriamente nascidos e com antepassados nascidos naquela localidade”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2.ed. Barueri: Manole, 2019. p. 26.

³²⁴ “O contributo mais original da Grécia para o pensamento político-constitucional acha-se no período áureo de Atenas, no século V a. C., com a sua democracia, a primeira democracia devidamente estruturada que se conhece. Mas era uma democracia distinta da atual, por ser outra a concepção de liberdade, por apenas terem direitos políticos os cidadãos de certo estrato da população, e apenas os homens, e por eles os exercerem em governo direto. Do mesmo modo, a isonomia apesar de fundamento da ordem social, também só dizia respeito aos cidadãos. À democracia tal como é concebida pode aplicar-se (sem esquecer outros aspetos) a célebre distinção de BENJAMIN CONSTANT entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, próxima da distinção entre liberdade-participação e liberdade-autonomia de alguma teorização constitucional dos séculos XIX e XX”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 11.

³²⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 128.

³²⁶ “Peculiaridades do Estado romano são: – O desenvolvimento da noção de poder político, como poder supremo e uno, cuja plenitude – *imperium, potestas, majestas* – pode ou deve ser reservada a uma única origem e a um único detentor; – A consciência da separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do pater familias) e a distinção entre Direito público e Direito privado; – A consideração como direitos básicos do cidadão romano não apenas do *jus suffragii* (direito de eleger) e do *jus honorum* (direito de acesso às magistraturas) mas também do *jus connubii* (direito de casamento legítimo) e do *jus commercii* (direito de celebração de atos jurídicos); – A progressiva atribuição de direitos aos estrangeiros e a formação do *jus gentium* como conjunto de normas reguladoras das relações em que eles intervêm; – A expansão da cidadania num largo espaço territorial (culminando com Caracala, em 212), em contraste com o caráter meramente territorial das monarquias orientais e o caráter pessoal restrito das Cidades-Estados gregas. A razão do grande interesse do estudo do Direito público romano está no longo período de tempo a observar, com uma rica evolução política (realeza, república, principado) e social (do Estado patricio ao Estado plebeu), e no incremento que nele tiveram algumas das noções e das instituições jurídico-políticas (como as magistraturas colegiais da época republicana)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.14.

obstante as generalizações, o **Estado romano** sempre foi sedimentado na base familiar e voltado à conquista de territórios, caracterizado, especialmente em Roma, pela manutenção do tipo cidades-Estados, superada com o advento do cristianismo e do Estado medieval – sem olvidar que no ano de 212 o imperador Caracala concedeu a todos os habitantes do império a cidadania romana.

Focado no modelo cidades-Estados, chamado de *civitas*, era paritário à *polis* grega. Desde os primeiros tempos, ainda antes da monarquia, “a família era constituída pelo pater, seus parentes agnados, os parentes destes, os escravos (*servus*) somados aos estranhos que se associavam ao grupo (*famulus*); a autoridade do pater família era absoluta, sendo o senhor sobre todos os assuntos e pessoas componentes do grupo (*jus vitae et necis*), poder este que era chamado inicialmente de *manus* e posteriormente passou a ser *majestas*. Com o desenrolar do tempo, esse tipo de família constituída acabou se dividindo em “família propriamente dita, conservada sob o poder soberano do pater, e gentes (*gens*), colocada sob o poder público, e que foi o núcleo inicial do Estado”.³²⁷

Essa primitiva cidade-Estado romana era consistente, dessa forma, em uma reunião de *gens*, dividida por classes sociais³²⁸. Dentre os pontos de destaque, ela distinguia o direito da moral; preservava a propriedade privada; havia liberdade individual relativa, inclusive perante o Estado, e ninguém era obrigado a fazer nada senão em virtude do que determinava a lei; o Estado era organizado por meio do conceito de nação, e esta era fonte legítima do direito. No período republicano o poder supremo também pertencia ao povo – *imperium*; foram posteriormente restringidos, passando a vigorar nas mãos dos dois cônsules, até recair única e

³²⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 131.

³²⁸ “O Estado romano, ou *civitas*, é, originariamente, a associação religiosa e política das famílias e das tribos (*gens*), que, posteriormente, adota várias formas de governo – monarquia, república, principado, império – assumidas no período que vai de sua fundação (754 a.C.) à morte de Justiniano (565 d.C.). Nesse largo espaço de tempo, Roma manteve a unidade do poder político sem ter jamais abandonado as características originais de cidade-Estado. Isso se deve à sua organização em bases municipais e à noção de poder político como poder supremo (denominado *imperium*, *potestas* ou *magestas*), cuja plenitude pode ou deve estar reservada a uma única origem e um único detentor” - *sic*. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 28.

exclusivamente na pessoa do imperador, durante o período do principado.³²⁹

Avançando, “não há dúvida de que se trata de um dos períodos mais difíceis, tremendamente instável e heterogêneo, não sendo tarefa das mais simples a busca das características de um **Estado Medieval**³³⁰”. Foi nessa era que as rígidas estruturas romanas foram rompidas, destacando-se nesse momento histórico o cristianismo, as invasões germânicas e o feudalismo, com um poder fragmentado, não obstante nessa nebulosa noção de autoridade já estar presente uma inspiração à unidade³³¹.

Em termos gerais, no decorrer da idade média, todos os poderes de Estado conhecidos atualmente estavam pulverizados, repartidos e depositados em diversas instituições, como a igreja, a nobreza proprietária de terras, os cavaleiros, as cidades e outros privilegiados. Por intermédio da enfeudação, da hipoteca ou da concessão de imunidades, ao soberano feudal restou apenas poucos direitos imediatos de domínio. “A própria jurisdição, que estamos acostumados a considerar como a função mais privativa do poder estatal, passara em grande parte a ‘mãos privadas’”.³³²

As invasões bárbaras dos povos germânicos³³³ acarretaram bastante desordem no período da alta idade média, introduzindo novos costumes em

³²⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 133.

³³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 72 – sem negrito, mas com itálico, no original.

³³¹ “A sedentarização dos povos nômades e migratórios torna-os classistas porque só a sedentarização permite a estratificação social; e o feudalismo é o produto acabado dessa simbiose de povos com fidelidades familiares e tribais que subitamente se encontram fixados em territórios que conservavam ainda as estruturas resistentes de um estado forte com vocação universal”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 13.

³³² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 158/9.

³³³ “Com a invasão de Roma pelos ‘bárbaros’ do norte, um dos primeiros traços da cultura ocidental eclode imediatamente: o etnocentrismo, que surge de uma percepção equivocada das características da etnia. A partir de uma identificação territorial, linguística e de tradições, os romanos acharam por bem impor uma autoidentificação enquanto raça diferenciada. Além de permitir a organização política do Estado romano, a discriminação cultural através de uma suposta unidade racial auxiliou a discriminação negativa ao diferenciado modelo cultural dos germanos. Tal processo teve e tem como consequências políticas a criação artificial da ideia de nação”. SANTOS, Rogério Dutra dos. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 264.

substituição aos preceitos romanos e criando seus próprios reinos³³⁴ nas regiões invadidas, em unidades políticas independentes, instituindo, com isso, uma diversidade de Estados – sem mencionar, nesse diapasão, que os povos da África e Oriente Médio também se aventuraram pela região europeia, aumentando ainda mais a miscelânea cultural.

Importante ressaltar que durante a alta idade média, apesar da violência das invasões bárbaras, o direito germânico oriundo desse povo estava baseado em “princípios de direito natural, na dignidade do homem, na liberdade individual, na inviolabilidade da família e no livre direito de associação”. Por desconhecerem a personalidade do Estado, todos os seus conflitos eram dirimidos no âmbito da ordem individual, por meio dos usos e costumes, e por isso “implantaram no ocidente o primado da lei e da razão”, onde o “Rei ou legislador, na idade média, é antes de tudo um servo da lei, [...] como obra integral da razão”. Não distinguia o direito público do privado, acarretando a absorção do direito administrativo do Estado pelas grandes famílias, criando uma entidade intermediária entre o indivíduo e o reino, consistente nos feudos ou comunas.³³⁵

O sistema feudal existente, principalmente durante a baixa idade média, era um mecanismo de união e sobrevivência, pois as guerras internas dificultavam a vida em sociedade, especialmente dissociada de um grupo maior que pudesse oferecer proteção por meio de exércitos privados. Por isso, a posse da terra era bastante valorizada, acarretando, diante de três institutos jurídicos, a confusão entre setor público e privado. Pela *vassalagem*, os pequenos possuidores de terra se submetiam ao senhor feudal, dando-lhe contribuição pecuniária em troca de segurança (relação jurídica de caráter pessoal); pelo *benefício*, o não possuidor de

³³⁴ “Por seu lado, as concepções germânicas colocam o príncipe (e as relações diretas e pessoais dos súbditos com ele), não a Cidade, como centro da vida política (e daí que, em contraste com a maior parte da Antiguidade clássica, os senhorios e depois os novos Estados europeus venham quase todos a adotar a forma monárquica). Afirmam também o dualismo da posição príncipe (ou rei)/povo, mais tarde rei/reino. Finalmente, na Baixa Idade Média, alguns setores intelectuais viriam a sustentar que o poder vinha de Deus *per populum* (S. TOMÁS) ou até que o *pactum subjectionis* não punha em causa o poder de raiz do povo (MARSÍLIO DE PÁDUA)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 20

³³⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 139-140.

terra recebia do senhor feudal pequena porção dela para trabalhar, com obrigações recíprocas; pela *imunidade*, concedia-se isenção de tributos aos vassalos (relação jurídica de caráter real). Em todas essas relações o senhor feudal exercia sobre os vassalos e beneficiários, e sobre as respectivas famílias e demais relações pessoais, poderes ilimitados, inclusive jurisdicionais, em detrimento a qualquer ordem do “Estado” – reino a que estivesse vinculado, por exemplo.

Também durante a fase do Estado medieval, o cristianismo³³⁶, pautado pela igualdade e universalidade, desejava um Estado único em torno da igreja, um império da cristandade, que ensaiou a sua implementação prática no ano de 800, quando o papa Leão III conferiu a Carlos Magno, rei carolíngio, o título de imperador do Sacro-império romano, que somente não se efetivou plenamente porque naquela época a “Europa” experimentava uma grande multiplicidade de centros de poder, que não se submetiam formalmente à autoridade do imperador, e o próprio imperador também não se curvava inteiramente à autoridade papal. De todo modo, o “rei-cristão da Idade Média recebia o poder das mãos do Bispo, [...] daí a sua subordinação ao poder espiritual, considerado originário e superior³³⁷”.

Nesse campo, enquanto na antiguidade “Estado” e igreja construíram como grupo político e cultural uma unidade inseparável, tendo em vista que cada polis tinha seus próprios deuses, a partir do monoteísmo judeu-cristão constituiu-se uma igreja universal, independente de fronteiras políticas, que no decorrer da idade média exigiu obediência política, muito embora extra-estatal, de todos os homens, notadamente daqueles que exerciam poder político, a ela devendo se submeter diante da coação espiritual, por vezes até mesmo física, do ponto de vista da “política externa” tendo como corolário o Império Sacrossanto, e em um viés

³³⁶ “O Cristianismo ou, antes, a Cristandade envolve toda a vida medieval e transpõe-se para o plano político como exigência de limitação do poder – do poder que vem de Deus (*Non est potestas nisi a Deo*), que deve ser aferido por critérios de legitimidade e que deve ser usado para o bem comum (*Regnum non est propter regem, sed rex propter regnum*). É nesse elemento de ordem objetiva que reside a principal garantia das pessoas”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.19

³³⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 144.

“interno” por meio do clero.³³⁸

Desses três fatores, “o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, resulta a caracterização do Estado Medieval³³⁹”, marcado pela: “a) forma monárquica de governo; b) supremacia do direito natural; c) confusão entre direitos público e privado; d) descentralização feudal; e) submissão do Estado ao poder espiritual representado pela Igreja romana³⁴⁰”.

Esse estereótipo de modelo de Estado feudal é ligeiramente diferente de outro daquele no final alta idade média, chamado de **Estado estamental**³⁴¹ (*ständenstaat*) ou monarquia limitada pelas ordens³⁴², apresentando-se como organização política intermediária e de transição entre o Estado medieval e o Estado absolutista, concretizado no desenvolvimento econômico das cidades medievais. Apesar de já estar “situado no domínio do Estado, não desenvolve, porém, ainda (porque não pode) todas as potencialidades deste e traz consigo algumas sequelas da era feudal³⁴³”.

A ideia central do Estado estamental está solidificada na dualidade entre rei e estamentos³⁴⁴, sucessora da relação rei e reino medieval, quando a partir de então as ordens do rei e dos próprios estamentos criam, em conjunto, a comunidade política. “Fala-se, por isso, em Estado corporativo, por se tratar de uma sociedade

³³⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 159.

³³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 76.

³⁴⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 140.

³⁴¹ “Esse tipo de Estado aparece no início do século XVII, como uma organização política em transição, buscando uma inicial concentração de poder estatal, mas dividida ainda entre o poder do Rei e dos estamentos (Parlamentos, Cortes)”. SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 217. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 5 set. 19.

³⁴² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 75.

³⁴³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 33.

³⁴⁴ “O estamento (corporação) aparece na Europa, de maneira paradigmática, na ordem social feudal. O que dava a esta a sua fisionomia era a situação superior, a qual, como revela o próprio nome da época e da estrutura, assentava-se economicamente sobre a posse da terra, repelindo o comércio e o artesanato como afazeres impróprios da sua condição e isolando-se, aferrada aos seus conceitos de honra, das outras corporações. A função que julgava sua própria, no seio do conjunto social, era a de direção militar e política”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 145.

complexa de unidades sociais e territoriais³⁴⁵. O rei, não obstante ser a autoridade central, apoia-se nos estamentos para governar, os quais exprimem, de certa forma, “um enlace estre Estado e sociedade”.³⁴⁶

Por essa razão, os reinos e territórios durante a idade média eram, tanto no interior como no exterior, unidades de Poder político intermitentes e até mesmo excepcionais, tendo em vista que o “Estado” da época ordinariamente “não podia conservar a sua ordenação de modo ininterrupto, mas só temporariamente, intervindo de vez em quando para eliminar a perturbação da ordem estatal que desejava manter” – o “Estado” estava limitado internamente pelos inúmeros depositários feudais de poder, e externamente pela igreja e pelo imperador.³⁴⁷

O Estado estamental experimentou três fases³⁴⁸ em direção ao Estado absolutista: na primeira, verticalizada e dividida por classe social, um grupo restrito, como clero, nobreza e pequenos comerciantes que ajudavam financeiramente o rei, participava da política e da burocracia estatal; na segunda fase, a articulação político-social passa a ser horizontal, com uma delimitação da esfera pública, em contraposição à produção capitalista e em detrimento das relações sociais; na terceira e última, a partir do momento em que o aparelho administrativo passa a controlar as finanças do país, com a supressão dos privilégios às classes sociais elevadas e aproximação com a burguesia³⁴⁹, há um distanciamento do rei com

³⁴⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 75.

³⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 33.

³⁴⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 159.

³⁴⁸ “Por sua estrutura econômica, jurídica e espiritual, o tipo corporativo de sociedade é, internamente, uma formação estável, com uma estratigrafia clara e firme, delimitada em suas camadas de maneira juridicamente precisa. Não obstante todas as oposições e as constantes lutas, a hierarquia do poder das corporações, como tal, não se põe em dúvida. Solapada internamente a pouco e pouco, durante logo tempo, esta ordenação social é definitivamente liquidada na Prússia devido às reformas liberais do barão de Stein”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 145.

³⁴⁹ “Ela se aproximou da nobreza, como fornecedora de víveres e bens importados, e como financiadora das expedições militares, regularmente organizadas pelos senhores feudais; quando não se enobreceu por força do dinheiro. Ela também se acomodou com o estamento eclesiástico, lançando mão desses mesmos recursos; sendo certo que bispos, abades e o próprio papa, da mesma forma que os membros da nobreza laica, envolviam-se com frequência em operações bélicas, como as sucessivas cruzadas lançadas para a reconquista dos Lugares Santos, no Oriente Médio”. COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020. Acesso em: 4

relação às forças sociais, semeando o absolutismo monárquico.³⁵⁰

Desde as primeiras fases feudais do Estado estamental começou a surgir a privatização do que atualmente denominamos Poder estatal. O ofício de conde, por exemplo, era hereditário, e com ele a arte de julgar. A feudalização quase total dos ofícios reais resultou em um conglomerado de numerosas unidades de dominação, de todos os tamanhos, ligadas entre si mais por meio de contratos do que por vínculos sociais. O exercício da Jurisdição era segmentado, havendo tribunais das cortes dos senhores territoriais, a justiça isenta do clero, os tribunais do povo, os tribunais municipais e o tribunal real, todos tomando decisão em sociedade de modo absolutamente divorciado uns dos outros e em conformidade às suas próprias representações jurídicas.³⁵¹

Nessa seara, príncipe e estamento – referindo-se de modo generalizado à organização dos depositários do Poder – afirmavam possuir o melhor direito, e ambos dispunham de um “completo aparelhamento próprio de poder: funcionários, tribunais, finanças próprias, e inclusive exército e representação diplomática”. Por isso, “a desagregação política e as constantes lutas das corporações entre si e contra o príncipe produziram uma geral intranquilidade e uma terrível ausência de direito”. É certo que por necessidade essa desagregação em alguns momentos foi superada, mas somente com a finalidade de afastar o príncipe, considerado como inimigo mais temível.³⁵²

A conjuntura³⁵³ estava preconizada por uma ordem precária, amadora e improvisada dos líderes, marcada “pelo abandono ou pela transformação de padrões

out. 19.

³⁵⁰ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 29/30.

³⁵¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 160.

³⁵² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 160/1.

³⁵³ “[...] um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, em um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 76.

tradicionais, pela presença de uma burocracia voraz e quase sempre todo-poderosa, pela constante situação de guerra, e, inevitavelmente, pela própria indefinição das fronteiras³⁵⁴. Todo esse contexto³⁵⁵, como facilmente se percebe, “era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno”³⁵⁶.

“Como se trata de um momento de equilíbrio, o Estado estamental não dura senão até o Rei ganhar força para levar a unificação do poder às suas últimas consequências”, buscando a solidificação de interesses pessoais ou de determinadas classes, convertendo-se³⁵⁷, aos poucos, em monarquia absoluta.³⁵⁸

O **Estado moderno**³⁵⁹, por sua vez, nasceu justamente diante das ineficiências e lacunas apresentadas pelos Estados medieval e estamental, inaptos à gestão do novo modelo social que se formava a partir da evolução das ideias, avanço da tecnologia, sedimentação do comércio nos burgos, êxodo rural e diversos outros fatores. Além disso, os senhores feudais não admitiam mais a inabilidade administrativa dos monarcas que tributavam indiscriminadamente e viviam em permanente estado de guerra, causando prejuízo à vida social e econômica.

³⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 75.

³⁵⁵ Sobre a inexistência de Estado durante a alta e a baixa Idade Média: “Num e noutro período, não há Estado com as características que geralmente se lhe apontam, na quase totalidade do Continente. Só a Inglaterra, após a conquista normanda, faz, de certo modo, exceção”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.18.

³⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 76.

³⁵⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 76.

³⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 33.

³⁵⁹ “La centralización del poder soberano llevó al nacimiento del Estado moderno, al frente del cual había un rey en cuyas manos se concentraban todos los poderes, y que se valía de consejeros, ministros y secretarios para tomar decisiones de gobierno. Se organizó un tejido administrativo e judicial que permitía al rey, del que dependían mediata o inmediatamente todos los funcionarios, controlar todo el territorio sobre el que extendía su poder y desarrollar todas sus funciones a lo largo y ancho del mismo. El poder del monarca era absoluto, y la única fuente del Derecho en esta etapa histórica la constituía la legislación real, que emanaba del rey y que éste podía modificar a su antojo. [...] Pero en la práctica era la voluntad del propio rey la única que ponía frenos a su poder omnímodo por razones de distinta naturaleza, desde la conveniencia política a la creencia en unas leyes divinas no escritas”. MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión**. p. 71.

E essa necessidade de determinação unitária do destino político pela sistematização estrutural e racionalização jurídica – que posteriormente redundou no surgimento das constituições na acepção que atualmente conhecemos – pode ser melhor compreendida por todo o contexto social observado no decorrer na idade média – conforme narrativa exposta anteriormente na presente pesquisa. Além dos pontos conflituosos apontados, os Poderes políticos supremos da época só podiam atuar de modo intermitente e imperfeito porque internamente apareciam cindidos por números direitos subjetivos e viam-se constantemente tolhidos pelos poderes intermediários da igreja, dos senhores feudais e das cidades (dos estamentos em geral). “Com a crescente centralização do poder de estabelecer o direito, que pode coexistir com uma Administração descentralizada, elimina-se essa mediatização na época do absolutismo”.³⁶⁰

O Estado moderno, então, principiou com o mister de centralização do Poder³⁶¹, fortalecimento do governo e unidade de Estado, desfazendo o ajuste³⁶² que outrora havia com a igreja – “toda a história política da Idade Média gira em torno das relações entre o Estado e a Igreja Romana”. Depois da doutrina³⁶³ de São Tomás de Aquino³⁶⁴ (1225-1274), com a separação³⁶⁵ entre poder da Igreja e do Estado, no fim da idade média as monarquias se desvencilharam do domínio do papa para chegar ao modelo absolutista moderno, que encontrou seu auge na

³⁶⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 319.

³⁶¹ “No Estado moderno estes órgãos de criação e execução do direito são, imediata ou mediatamente, órgãos de Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 225.

³⁶² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 320.

³⁶³ “Insistindo na distinção entre lei divina e lei humana ou entre lei eterna, lei natural e lei humana e analisando a contradição entre lei humana e lei natural, a Escolástica, sobretudo com S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa Teologica*), viria, mais tarde, a enfrentar o problema da lei injusta e a admitir o direito de resistência em certas condições”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.19.

³⁶⁴ “Entre os teóricos da doutrina da supremacia do poder espiritual, nessa época, destacou-se Santo Tomás de Aquino (1226-1274). Examinando a magna questão das relações entre o Estado e a Igreja, afirmou que cada uma dessas instituições tem o seu domínio peculiar e não deverá invadir o campo de ação da outra. Entretanto, no caso de conflito, deve prevalecer o julgamento da Igreja, uma vez que o Papa *utriusque potestatis, acipem tenet*”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 395.

³⁶⁵ “O ponto culminante, e ao mesmo tempo o começo da quebra da supremacia papal são constituídos pela bula *Unam sanctam*, de Bonifácio VIII (1302) e pela negação de obediência por parte de Felipe de França, que ocorreu no ano seguinte. A reforma trouxe como consequência a emancipação definitiva e total do poder do Estado a respeito da Igreja, inclusive nos Estados católicos”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 159.

França com Luís XIV. O Estado³⁶⁶, não obstante separado da igreja, era de fundamento categoricamente teológico, mas diferente do que ocorria na idade média, e semelhantemente ao que percebíamos na idade antiga, “a autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e proveniente diretamente de Deus”, e não do papa, e dessa forma também era exercida a soberania³⁶⁷.³⁶⁸

O absolutismo monárquico é calcado sob um novo prisma realista lastreado pela renascença, que teve Maquiavel como um de seus maiores expoentes nessa seara, que trouxe ao mundo, em 1531, sua obra doutrinária O Príncipe, sedimentando um marco à ciência política e ao direito público moderno e inspirador da concentração de todos os Poderes – *imperium* –, de modo incondicional, nas mãos do monarca, em contraposição à dominação da igreja, e também como única forma de restabelecer os reinos esparsos pelos mais variados territórios. Sem o absolutismo, não havia a possibilidade da centralização “e unidade nacional dentro do Estado moderno. Tanto assim que onde o fenômeno não se positivou o Estado se dividiu”.³⁶⁹

“No Estado absolutista, governar é um ofício que se exerce mediante a máxima concentração e centralização de poder no soberano”, e, assim, a lei passa a derivar exclusivamente dele³⁷⁰, e não mais em comum acordo com o estamento,

³⁶⁶ “Depois da organização política medieval – uma série de poderes ou autoridades, cada qual com ampla jurisdição, verticalmente dispostos – vai ressurgir a ideia de Estado, na plena acepção do termo. Pois o poder centraliza-se e concentra-se no Rei e toda a autoridade pública passa e emanar dele; ele atinge todos os indivíduos – por serem súbditos do mesmo Rei; o território adquire limites precisos e a todas as parcelas o governo central vai fazer chegar a sua lei”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.22.

³⁶⁷ “Superado, na Europa, o sistema político e jurídico medieval – estruturado sobre relações pessoais de suserania e vassalagem – houve a necessidade de se conceituar a submissão do súdito ao monarca, deslocando-se o centro de imputação da obrigação política dos poderes intermediários para o ápice da pirâmide hierárquica. O conceito de soberania forjado pela teoria clássica mostrou-se perfeito para esse fim, com a vantagem adicional de, ao vincular a soberania ao monarca, promover a identificação deste com o Estado, de tal forma que só por seu intermédio o Estado se torna realidade”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 104.

³⁶⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 142-147.

³⁶⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 147-151.

³⁷⁰ “Nesse estágio, a vontade dele é lei. Há escassas regras jurídicas definidoras do poder, normalmente não escritas, vagas, parcelares”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. p. 76.

tornando-se, por isso, instrumento de autoridade, do soberano sobre o indivíduo, não havendo possibilidade de reivindicar direitos contra o Estado. A lei, ainda, limitava os súditos, mas não o soberano, que também detinha o controle do sistema judicial.³⁷¹

E assim, desde³⁷² a renascença³⁷³ e Maquiavel³⁷⁴, por meio de uma “organização permanente e unitária essencialmente referida à demarcação espacial”, dá-se o nome de Estado, em seu viés moderno³⁷⁵, pautado, nessa primeira fase, no absolutismo monárquico.³⁷⁶ Foi nesse período que o Estado se consolidou em Estado propriamente dito, dotado de soberania e também em fisco, este último podendo ser qualificado como uma entidade de direito privado e sem soberania³⁷⁷.

³⁷¹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 30.

³⁷² “Essa intensidade de uma conexão permanente de vizinhança é o que torna necessária uma organização territorial permanente e unitária essencialmente referida à demarcação espacial, organização a que se dá o nome de Estado, desde Maquiavel. Os modernos Estados territoriais foram desconhecidos na Antiguidade e na Idade Média”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

³⁷³ “A concepção moderna da estrutura individualista do Estado e da sociedade desenvolveu-se, na cultura ocidental, a partir da Renascença (cf. Burckhardt, A cultura da Renascença na Itália, 1860, cap. I). A teoria da sociedade do Direito Natural partia de um *status naturalis* dos indivíduos isolados, que logo se uniam mediante contratos para passar ao *status civilis* (Gierke, Joh. Althusius, pp. 105 e segs.). O vínculo essencial dos indivíduos, que eram por natureza livres, é constituído pela razão. Esta concepção, que é dominante há mais de dois séculos, significa, do ponto de vista histórico, a destruição crítica de todas as formas e normas tradicionais da Idade Média e foi a preparação daquela ‘sociedade civil’ da qual extraiu Tonnies o seu conceito de sociedade”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 123.

³⁷⁴ “O Estado Moderno surge no final da Idade Média e no início da Renascença – primeira revolução iluminista, precursora da revolução da razão, verificada no século XVIII. Traços inconfundíveis de seu surgimento se verificam com a eclosão do princípio da soberania. [...] A importância de Maquiavel, segundo Châtelet, não se limita evidentemente à circunstância de ter empregado pela primeira vez a palavra Estado, mas, sobretudo, por tê-la teorizado, dando-lhe a significação de poder central soberano legiferante. E assim, ‘capaz de decidir, sem compartilhar este poder com ninguém, sobre as questões tanto exteriores quanto internas de uma coletividade, ou seja, de poder que realiza a laicização da *plenitudo potestatis*’. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 64-65.

³⁷⁵ “O termo moderno, de outro lado, enseja uma série de indagações. [...] inclina-se por denominar de moderno o Estado que, nos séculos XV, XVI e XVII, se organizou na Europa, sucedendo ao modelo político-jurídico medieval”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 63.

³⁷⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

³⁷⁷ “O Estado, nesse período, transforma-se em Estado propriamente dito, dotado de soberania, e em Fisco – entidade de direito privado e sem soberania. Este se relaciona juridicamente com os particulares, contratando, contraindo obrigações, comparecendo em juízo, mas somente contra eles

Um exemplo do despertar³⁷⁸ para a consciência da unidade de Poder com reconhecimento formalizado³⁷⁹, e não apenas de fato, foram as assinaturas dos tratados de paz de Vestefália, em 1648, ocasião em que os signatários, França, Espanha e Alemanha, reconheceram os respectivos territórios e se comprometeram em respeitar a soberania e a supremacia governamental dentro deles³⁸⁰, sendo esses os primeiros elementos diferenciadores do Estado Moderno.³⁸¹

Esses eventos históricos pautaram uma série de disputas entre grupos sociais com interesses distintos, em uma sociedade que observava o declínio do modelo feudal de produção e a expansão do comércio em grande escala e de modo pré-industrial, “bem como a diminuição gradual do *status* (títulos) em detrimento da relevância social de fortunas acumuladas”. Foi a partir delas que os membros das classes sociais inferiores – terceiro estado – começaram a buscar espaço na política, culminando nessas revoluções liberais, “cujo pano de fundo consistia em disputas entre grupos advindos do terceiro estado e o poder real da Monarquia absolutista” – muitas vezes situados também entre os primeiro e segundo

podem reivindicar os seus direitos particulares”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 76.

³⁷⁸ “Todo o lento processo de gestação do Ocidente prolonga-se até ao séc. XVII, até Vestefália. Durante ele os europeus conseguiram romper o cerco político e comercial que a expansão do califado (árabe e em Damasco primeiro, islâmico e em Bagdad depois) havia imposto ao Mediterrâneo, estruturar os novos reinos com a recuperação do direito romano, legitimar a primeira centralização do poder régio assente na burguesia mercantil e nos seus teorizadores (os legistas) e iniciar verdadeiramente a primeira globalização com a onda inicial das navegações dos povos ibéricos”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 13.

³⁷⁹ “O processo de criação dos Estados europeus culmina nos tratados de Vestefália (1648) que põem termo à guerra dos Trinta Anos e, simultaneamente, selam a rutura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa (mesmo nos países católicos) e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, cada qual compreendido dentro de fronteiras precisas.20 À *Respublica Christiana* sucede, assim, um sistema de Estados soberanos e iguais”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.31.

³⁸⁰ “A guerra dos Trinta Anos é o ponto final desse desvario de países à procura de riqueza recíproca que poucos tinham, e Vestefália o ponto de partida de um novo mundo. O aparelho administrativo dos estados aprofunda-se a partir daí, tal como o aparelho militar, levando à teorização, a prazo, das fórmulas jurídico-administrativas da obediência hierárquica; os conceitos jurídicos sedimentam-se com a tipicidade dos crimes e das penas; a separação dos poderes (primeiramente elaborada em Inglaterra por ocasião da Revolução de 1688 e depois universalizada por Montesquieu formata o Estado”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 15

³⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 76.

estados.³⁸²

Aliás, essa transição do Poder político periférico da nobreza para a burguesia³⁸³ ocorreu entre os séculos XIV e XV, notadamente a partir da queda de Constantinopla, em 1453, tomada pelos turcos e que acarretou na destruição da rota mercantil entre ocidente e oriente, comprometendo o monopólio comercial de Veneza. O surgimento dessa nova classe social burguesa foi um dos advenços mais significativos e influenciadores da formação do Estado moderno.³⁸⁴

Nesse diapasão, é importante ressaltar que os ideais liberais³⁸⁵ serviram de inspiração para Montesquieu – e outros pensadores da época –, ocasionando, posteriormente, a Revolução Francesa³⁸⁶, sem olvidar a forte

³⁸² GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49.

³⁸³ “Paralelamente a isso, a descoberta de novos mundos e o conseqüente incremento do comércio internacional fizeram com que a burguesia – classe social até então sem qualquer importância política – passasse a desempenhar um papel econômico de destaque. Como conseqüência natural, já que quem tem o poder econômico tende a buscar o poder político, a burguesia passou a exigir também maior participação na condução dos negócios públicos. Esse aspecto foi bem captado pelo Abade Sieyès, que, no seu livretinho *O que é o Terceiro Estado?*, publicado em 1789, instigou: “O que é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido até agora na ordem política? Nada. O que deseja? Vir a ser alguma coisa.” O Terceiro Estado, referido por Sieyès, era justamente a parcela da população que não fazia parte nem do Clero (Primeiro Estado) nem da Nobreza (Segundo Estado), ou seja, era o povo mesmo, inclusive a burguesia”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 42.

³⁸⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 68.

³⁸⁵ “O conceito de liberdade, no século XVII, monopolizou os debates teóricos sobre a formação do Estado, sua legitimidade e função. Estabeleceu-se a distinção entre *liberdade natural* e *liberdade civil*. Predominou, nesse espaço reflexivo, a visão de que o homem nasce livre. Entretanto, que essa liberdade individual não gerasse a destruição recíproca dos indivíduos, incumbiria ao Estado a missão de ordenar a sociedade e garantir o exercício legítimo da liberdade civil. Esse princípio inspirou a teoria do contrato social, bem como serviu de fundamento para as concepções seiscentistas de Estado. Nesse patamar, a liberdade afigurava-se como *propriedade* – como um objeto, que podia ser obtido, trocado”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 52.

³⁸⁶ “Por volta da época da *Rezeption* Alemã, a França enveredou-se por um caminho diferente. O Governo decretou a homologação dos antigos costumes regionais, para que o país, em contraste com a Inglaterra e a Alemanha, continuasse a viver com a antiga diversidade de *coutumes* e que durante o Antigo Regime (*Ancien Regime*) nunca atingisse a unificação do Direito Francês (apesar de terem existido algumas codificações parciais). A libertação chegou com a Revolução que, como temos observado, deu origem ao declínio dos Juizes e estudiosos comentadores e ao triunfo do legislador e dos seus códigos, Civil e Penal”. CAENEGER, R. C. Van. “*Oráculos da Lei*” ou “*Bouche de la loi*”. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. Lisboa: Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 50.

influência que também operou na independência dos Estados Unidos.

Foi nesse contexto histórico também, a partir de Vestefália, que a “magistratura europeia” começou a mudar seu perfil, assumindo o juiz um papel acima daqueles exercidos anteriormente, deixando cada vez mais de ser um juiz do povo para lentamente se transformar em um juiz componente fulcral não apenas da estruturação do Estado, mas da centralização do Poder real. Naquele período, os símbolos da realeza se manifestavam em duas formas supremas de Poder: “a justiça e a riqueza econômica. Daí que rei, verdadeiramente, só o era quem fazia justiça em nome próprio³⁸⁷ e quem cunhava moeda”.³⁸⁸

O Estado moderno ainda permeou a idade contemporânea³⁸⁹, embora tenha adquirido diversas e distintas facetas com o passar do tempo³⁹⁰. Da mesma forma que o Estado moderno absolutista surgiu em contraposição à descentralização e à igreja³⁹¹, emergiram, posteriormente, antiabsolutistas, que criaram o Estado moderno liberal; este, por sua vez, encontrou pontos de divergência no Estado moderno socialista, que também foi contrariado por Estados modernos totalitários,

³⁸⁷ “Rey, considerándole en este caso como el primer Magistrado de la Nación”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1995. p. 22.

³⁸⁸ NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 14.

³⁸⁹ Pasold insere nessa subdivisão o “Estado contemporâneo”: “6º - O Estado Contemporâneo - Defendo a tese de que em 1916 encerra-se o período do Estado Moderno e surge, a partir da Constituição Mexicana de 1917, um Estado que, pelas suas condições muito peculiares que serão explicitadas na sequência do presente Livro, prefiro denominar Estado Contemporâneo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 16.

³⁹⁰ “A partir do século XVIII, o ofício de governar afirma-se racionalmente, na esteira do Iluminismo dominante, associado a uma série de fenômenos históricos, políticos e jurídicos essencialmente ‘modernos’, como as revoluções burguesas, a cidadania, o liberalismo, o capitalismo, o Estado de Direito, o constitucionalismo, a soberania nacional etc. Todos esses eventos, no período que se segue ao final do século XVIII, põem em xeque a legitimação exclusiva do príncipe à titularidade do poder; estão voltados, igualmente, à consolidação da centralidade do poder estatal e à unificação da Nação ao Estado, sem perda do objetivo de instauração e manutenção da ordem”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p.31.

³⁹¹ A igreja era utilizada pelo monarca absoluto para a consecução de seus fins. Nesse sentido: “O Estado absoluto era um regime que sufocava a sociedade em todos os setores da vida (econômico, religioso, político, jurídico etc.). Imagine um ambiente em que ninguém podia escolher a sua própria religião, de modo que qualquer pessoa que tivesse uma crença diferente da adotada oficialmente pelo Estado poderia sofrer punições, já que não havia tolerância religiosa. Basta dizer que o Tribunal da Santa Inquisição foi restabelecido pela Igreja Católica em 1542 justamente para acabar com os “hereges”, que tinham a ousadia de questionar a fé imposta pelo soberano e pela Igreja”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 40.

até chegarmos às recentes repúblicas constitucionais em um modelo de Estado democrático de direito – estes últimos inseridos dentro de uma classificação que pode ser chamada de constitucional, subgrupo existente dentro da concepção de Estado moderno e que abarca todas essas variantes.

Foi assim, então, que o Estado assumiu uma função de organização e ativação autônomas com relação à cooperação social, “fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica”, que, diante da inexistência de um Estado mundial, “aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante”.³⁹² Assim como o Estado evoluiu assumindo outras características, a função do Estado também sofreu mutação juntamente com a caminhada na humanidade, especialmente no decorrer do século XX.³⁹³

2.2 O PIONEIRISMO DE PORTUGAL NA FORMAÇÃO DO ESTADO³⁹⁴

Não é tarefa simples afirmar em que região do globo terrestre ou qual momento histórico da evolução humana surgiu o Estado com as características que atualmente conhecemos. É certo, porém, que a “atomização política triunfou primeiramente na Inglaterra”, sendo este o único reino, por influência dos normandos, que conseguiu solidificar uma organização política forte, já em meados do século XI, mesmo diante da existência de hierarquia feudal, por meio de um Poder estatal monista.³⁹⁵

³⁹² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 245.

³⁹³ “Sob estas premissas restritivas, examino, objetivamente, os tipos históricos fundamentais de Estado, a partir da proposta de JELLINEK até o quinto tipo, assim: [...] 5º - o Estado Moderno: teria nascido na condição de unidade de associação. Sua organização sustenta-se numa Constituição, porque nele se caracteriza a dominação de um duplo dualismo composto pelo rei e pelo povo, Poder espiritual e temporal. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p.15.

³⁹⁴ Narrativa desenvolvida a partir de: CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 265-294.

³⁹⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 161.

Talvez uma manifestação prematura de Estado³⁹⁶ para além dessa primeira etapa de concentração do Poder de modo absolutista tenha sido a vislumbrada no século XIII na região da Sicília, quando Frederico II retirou radicalmente do sistema feudal o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando todo esse arcabouço de maneira burocrática.³⁹⁷

Mas Portugal³⁹⁸, de certo modo, também pode ser considerado um dos pioneiros³⁹⁹ a adotar o modelo de Estado⁴⁰⁰ moderno vigente até a atualidade – ainda que os elementos constitutivos do Estado não estivessem a todo momento nele presentes –, com a peculiaridade de ter vivenciado diversos acontecimentos históricos, sedimentados desde a idade antiga, que espontaneamente fizeram emergir os respectivos elementos estruturantes.

Quando Roma dominou a península ibérica, diversos povos haviam passado pelo local, como celtas, iberos, tartéssios, cartaginenses, fenícios, gregos e celitiberos, assim como os lusitanos, que habitavam o norte do país e mantiveram, mesmo nos períodos de dominação, seus traços culturais que redundaram na

³⁹⁶ “Em consequência da concentração dos instrumentos de mando, militares, burocráticos e econômicos, em uma unidade de ação política – fenômeno que se produz primeiramente no norte da Itália devido ao mais prematuro desenvolvimento que alcança ali a economia monetária – surge aquele monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de maneira característica o Estado da Idade Moderna do Território medieval”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 162.

³⁹⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 161.

³⁹⁸ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 265-294.

³⁹⁹ “Como quer que seja, a questão da origem e do desenvolvimento do Estado moderno na Europa Ocidental, foi tratada pela historiografia do século XIX, e da primeira metade do século XX, de tal maneira que acabou por se confundir, por um lado, com a questão da formação do sentimento nacional e da nacionalidade, e, por outro lado, simultaneamente, com a questão do próprio advento da modernidade, aparecendo o Estado como portador e realizador de ambas. Por sua vez, como esse Estado nacional, em praticamente todos os lugares onde se configurou plenamente o fez sob forma monárquica e absolutista, monarquia e absolutismo remetem, na ponta ascendente de sua trajetória histórica, à sua relação com o feudalismo e o fim da Idade Média, e, na ponta descendente, à sua relação com o capitalismo e o início da Idade Contemporânea (ou fim da Primeira Idade Moderna)”. FLORENZANO, Modesto. **Sobre as origens do Estado moderno no ocidente**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n71/01.pdf>. Acesso em: 3 ago. 19.

⁴⁰⁰ “O Estado encontra-se relativamente cedo na Península Ibérica, onde as lutas da Reconquista cristã favorecem a unidade de comando político no interior dos diversos reinos que se vão formando (até se chegar, ao fim do século XV, ao dualismo Portugal–Espanha) e onde os reis nunca deixam de se afirmar independentes do Sacro Império. Ainda mais cedo e em moldes mais modernizados, aparece na Inglaterra e, de certo modo, na Sicília, devido ao regime burocrático–militar imposto pelos normandos (o que não terá sido estranho à precoce experiência constitucional inglesa)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p.31.

formação da sociedade portuguesa.⁴⁰¹ Antes dos romanos, os lusitanos formavam pequenos estados autocráticos em cidades, que “possuíam um chefe que exercia poderes políticos, religiosos e judiciais sobre os habitantes”.⁴⁰²

Com a reforma implementada pelos romanos, a Lusitânia foi dividida em províncias, e cada uma dessas estava subdividida em *conventus*, responsável pela administração do respectivo território e da justiça, cujas funções jurisdicionais estavam depositadas nas mãos do governador, dos delegados e de magistrados do interior. O governador exercia também o segundo grau de jurisdição.⁴⁰³

Após a queda do Império Romano ocidental, a região foi ocupada pelos germânicos, especialmente pelos visigodos. Passou por um período de dominação muçulmana que, por volta do século XI, com a formação dos reinos de Castela, Aragão, Navarra e Leão, passou a ser combatida em guerras santas travadas entre cristãos e muçulmanos.⁴⁰⁴ Essas guerras, conhecidas como reconquistas, diante na necessidade de estabilização dos exércitos e do reconhecimento da figura de chefe militar em torno do rei, facilitou a centralização do Poder.

Era preciso invadir os territórios perdidos para expulsar os invasores, mas em um modelo diferente do feudal, tendo em vista que a região reconquistada era então desvinculada da carga hereditária, pois “a propriedade da terra não significava soberania, as instituições municipais eram fortes e hierarquicamente dispostas sob o rei, não sobre um nobre local, o soberano era o supremo juiz, as leis eram para todos”.⁴⁰⁵

Para manutenção da estrutura havia a imperiosidade de se instituir a cobrança de impostos e de se implementar a burocracia altamente sistematizada. Entre 1279 e 1325, o rei Diniz unificou as línguas em torno do idioma oficial

⁴⁰¹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 193.

⁴⁰² CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**.

⁴⁰³ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 265/6.

⁴⁰⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 193/4.

⁴⁰⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 268.

português. Também impôs a lei das sete partidas, vigente anteriormente na Espanha, consistente em uma “exposição jurídica de caráter enciclopédico, inspirado, basicamente, no direito romano e no direito canônico que tinham em vista suplantar os costumes e o chamado ‘direito velho’”. Com relação ao sistema judiciário, criou cargos de juízes, com diversas competências, o de procurador do concelho, semelhante ao que é o Ministério Público atual, e proibiu a justiça privada exercida pelos senhores de terra.⁴⁰⁶

Todos esses fatores conjuntamente acarretaram o nascimento do Estado português de maneira natural e espontânea.

A codificação⁴⁰⁷ do direito também pode ser considerada uma característica dessa nova fase estruturante estatal – mesmo no sistema jurídico da *common law*, como na Inglaterra, experimentou-se a positivação de diversas normatizações (*statutes laws*). Em Portugal não foi diferente, quando as ordenações⁴⁰⁸ passaram a compor o cotidiano forense^{409, 410}.

As Afonsinas foram as primeiras ordenações, publicadas no reinado de

⁴⁰⁶ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 269/270.

⁴⁰⁷ “Na Idade Média, a adoção deste direito realizou-se junto com a burocratização da justiça: a penetração dos especialistas racionalmente treinados no lugar da antiga aplicação do direito, ligada à tradição ou a pressupostos irracionais”. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 2 v. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. p. 213. Disponível em: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 19.

⁴⁰⁸ “O Estado moderno substituiu o Estado medieval. Os códigos legislativos portugueses mais abrangentes eram chamados de ordenações do reino e consistiam em regulamentos que levavam o nome dos reis que as faziam elaborar ou compilar. [...] A estrutura jurídica do império português se resumia ao poder absoluto do rei, que detinha a administração da justiça”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira, *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: SAGAH, 2018. p. 22.

⁴⁰⁹ “A Lei das Sete partidas marca de vez a adoção pelos portugueses do sistema romano-germânico, também conhecido como *civil law*”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 195.

⁴¹⁰ “Não obstante, desde o momento em que a sociedade designa a órgãos especiais, primeiro a jurisdição, depois a execução das suas sentenças, e finalmente a legislação, cujos órgãos desde a Renascença, se integram unitariamente, em medida crescente, na organização estatal, desde esse momento parece perfeitamente justificado atribuir caráter estatal ao direito. A partir de então o Estado vem realmente a ser a fonte de validade formal do direito porquanto ele estabelece e assegura o direito legal mediante os seus órgãos e indica as condições para a validade do direito consuetudinário”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 226/7.

Dom João I, no século XIV, que ascendeu ao trono após uma crise política e financeira vivenciada com a morte de Dom Fernando, que não deixou sucessor e sua filha era casada com o rei de Castela, que se interessava em anexar Portugal aos seus domínios – Dom João I inaugurou a dinastia Avis. Essa anexação beneficiaria a nobreza, proprietária de terras, mas enfraqueceria a burguesia mercantil, pois o fortalecimento da nobreza impediria o êxodo rural e, por consequência, o comércio.

Foi assim que a burguesia colocou no reinado Dom João I, irmão bastardo de Dom Fernando, e “junto com essa dinastia ascendeu ao poder o grupo mercantil urbano, cujos interesses tronaram-se os objetivos nacionais [...], pois, o apoio do Estado era primordial para a promoção do comércio e da navegação⁴¹¹”. Assim, pela primeira vez, o rei deixou de recorrer às classes dominantes da sociedade estamental, notadamente a nobreza – sem olvidar que o clero também se imiscuía na exploração de terras em um típico sistema feudal –, para se sustentar no poder por intermédio do apoio de uma nova classe burguesa que emergia, o que passaria a ser uma característica do Estado moderno – tanto a nova classe quanto a sedimentação do Poder político nela.

As ordenações manuelinas (1521), por sua vez, substituíram as afonsinas diante da necessidade de adaptação do direito em desuso existente no código anterior, elaborado com base na compilação – reunião do direito antigo esparso –, notadamente depois que a expansão marítima deixou de ter o caráter religioso para se solidificar como comércio, e para também melhor se amoldar aos avanços tecnológicos e filosóficos vivenciados em sociedade. Por isso foi redigida em forma de decretos, como se fossem comandos jurídicos novos, prevendo que o direito romano teria aplicabilidade complementar. Em destaque, passou-se, desde então, a exigir a formação jurídica⁴¹² aos juízes de fora^{413, 414}.

⁴¹¹ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 271.

⁴¹² “O juiz de fora é assim o meio institucional encontrado para fazer justiça em nome do rei, a justiça do Estado encarnado cada vez mais na figura do rei em contraponto à justiça regional centrada nos senhores feudais ou nas comunidades locais. O juiz de fora já traz em si o jurista pré-moderno, sabedor das normas e das leis, que as usa para decidir na leitura escolástica da hermenêutica

No tocante à Jurisdição, por exemplo, as reformas manuelinas e joaninas foram fundamentais para a sedimentação de uma nova estrutura judiciária e para a própria manutenção do Estado. A partir delas o pagamento dos juízes era feito pelo erário, desvinculando as magistraturas territoriais dos municípios. Obrigou-se estudo universitário aos juízes nomeados pelo rei. Iniciou-se o processo de extinção das jurisdições privilegiadas – até a sua extinção no reinado de Dona Maria I. Contrariamente a outros Estados europeus, era vedada a venda de cargos de juízes, e para os juízes de primeira instância havia uma espécie de concurso realizado perante o Tribunal do Desembargo do Paço, cujos aprovados eram nomeados posteriormente pelo rei, não obstante serem frequentes a nomeação de juízes como forma de premiação ou recompensa.⁴¹⁵

Ao lado dos magistrados letrados ainda se verificavam os não togados, nas aldeias, eleitos pela comunidade, exercendo cargos honoríficos para os quais se eximiam os mais poderosos. Normalmente esses juízes eram analfabetos⁴¹⁶, “como se revela em 1820, nas vésperas na revolução liberal, todos esses aspectos são decisivos para o descrédito desse tipo de justiça popular”.⁴¹⁷

A dinastia Avis foi comandada por diversos reis. Próximo de seu fim, depois da morte precoce de Dom Sebastião, ainda adolescente, assumiu o trono seu tio Henrique, por pouco tempo antes de falecer sem deixar herdeiros, extinguindo,

jurídica, deixando de lado a equidade que os interesses locais exigiam”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 13.

⁴¹³ “Para que o juiz de fora seja autenticamente o julgador da nação emergente erigida em reino, ele não pode confundir-se nem aproximar-se dos interesses locais; tem que ser sempre de fora e por isso é periodicamente transferido de local para preservar sua fidelidade ao rei e ao Estado”. NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 13.

⁴¹⁴ “O sistema jurídico que vigorava durante o período do Brasil-Colônia era o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), estas, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência”. MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 200.

⁴¹⁵ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 59-60.

⁴¹⁶ “Se os juízes eram iletrados – a maior parte dos juízes municipais – estavam obrigados a julgar acompanhados dum assessor letrado, isto é, dum advogado”. GIL, Pedro Ortego. **Condernar ou absolver: entre os juízes de Castela e o iudex commune**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 145.

⁴¹⁷ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 61.

dessa forma, a dinastia Avis. Com vários pretendentes ao reinado, quem assumiu foi Filipe, da Espanha, formando a união ibérica, com uma separação relativa de Portugal diante das exigências impostas e aceitas por ele. Foi ele quem editou as ordenações Filipinas⁴¹⁸, em 1603, disciplinando não apenas seu reino, mas também a colônia brasileira⁴¹⁹. O principal objetivo dessa ordenação foi a centralização do poder e a imposição do direito romano em substituição ao canônico admitido por Dom Sebastião. Houve substancial incremento nos cargos e funções dos magistrados, em todos os graus de Jurisdição. O terceiro grau, contudo, passou a ser desempenhado pela Casa de Suplicação, composta pelo regedor, chanceler-mor e desembargadores.⁴²⁰

Os julgamentos deveriam ser céleres, e, nos processos penais, apesar das ordálias e duelos judiciais continuarem presentes como meio de prova no sistema inquisitivo, exigia-se que a justiça buscasse a “verdade real” dos fatos. A pena de morte, em suas variadas facetas, fazia-se presente, assim como a “morte civil”. Uma das penas mais severas era o degredo para o Brasil.

O iluminismo⁴²¹, disposto como um movimento filosófico, artístico e político, que preconizava a garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos, que tanto influenciou revoltas populares em torno da superação do absolutismo monárquico e do autoritarismo estatal por meio da libertação humana orientada

⁴¹⁸ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 204-206.

⁴¹⁹ Sobre a jurisdição nos primórdios das colônias hereditárias no Brasil: “A fase de aplicação dos Forais correspondeu ao início da colonização. A colônia foi dividida em capitanias hereditárias, e cada donatário possuía poderes semelhantes aos dos senhores feudais, já que, além do papel de administrador, também atuava como juiz e legislador. Nesse período, não havia uma burocratização quanto aos procedimentos, confundindo em uma só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira, *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. p. 22.

⁴²⁰ Sobre a organização judiciária, vide: MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. p. 202-204.

⁴²¹ “O Estado Iluminista não deixa de ser um Estado absolutista, e por vezes bem duro, mas move-o uma demofilia sincera. Está longe de ser democrático, nas suas instituições (em grandes medidas a estrutura tradicional do Estado, aqui e ali *aggiornata*) e nos seus procedimentos. Reforçou mais ainda a ideia da realeza de direito divino, e prescindiu do Povo como intermediário dessa legitimação. É, contudo, um Estado que procura a Cultura, o Progresso e a Educação. Os seus fins multiplicam-se, e as suas realizações são para ver, admirar, esmagar na sua sumptuosidade e magnificência. Herda do Estado Barroco o gosto pelo dramatismo e encenação do poder, pelo poder-espectáculo”. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 247.

pelos primados da razão⁴²², em Portugal operacionalizou o efeito inverso, fortalecendo ainda mais o Estado, especialmente pelas ações do Marquês de Pombal.

Do ponto de vista da formação constitucional, com a invasão de Napoleão Bonaparte, a família real portuguesa transferiu seu governo para o Brasil. Após a expulsão dos franceses, Portugal submeteu-se ao poder inglês até 1820, quando os portugueses, insatisfeitos com essa situação e com o fato da coroa estar sediada no Brasil, fizeram uma revolta que culminou na elaboração de sua constituição, em 1822, inspirada na espanhola e francesa, centrada nos ideais iluministas de soberania nacional, liberdade política e tripartição de poderes.

Foi dessa forma que Portugal forneceu elementos para a formação do Estado moderno, assim como contribui para o desenvolvimento da organização judiciária estatal.

2.3 ELEMENTOS CLÁSSICOS DO ESTADO MODERNO

O presente tópico busca identificar quais foram os primeiros elementos caracterizadores do Estado moderno no momento em que ele surgiu; não tem por escopo, portanto, analisar os elementos essenciais do Estado contemporâneo, os quais são muito diferentes daqueles observados nas idades média e moderna – vide, por exemplo, as reflexões entabuladas na presente pesquisa nos capítulos cinco e seis, assim como as características do Estado estônio no capítulo dez.

O Estado moderno, ao ser caracterizado em seu nascedouro, apresenta certos elementos essenciais⁴²³. Enquanto alguns⁴²⁴ doutrinadores salientam que

⁴²² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 53.

⁴²³ “Todavia, apenas no início dos tempos modernos as entidades públicas passaram a reunir todas

seriam dois tipicamente caracterizadores, a soberania e o território, outros fazem uma classificação tripartida, onde o território e o povo⁴²⁵ seriam elementos materiais, e o governo⁴²⁶ o elemento formal. Ulteriores acrescentam dentre esses três elementos o vínculo jurídico, enquanto há quem sobreponha a eles a finalidade⁴²⁷, ou, como Kelsen, a esfera temporal⁴²⁸, ou até mesmo um quinto elemento. “A noção de ordem jurídica já se acha implícita, uma vez que se vai analisar determinada sociedade e todas as sociedades são ordens jurídicas⁴²⁹”. De todo modo, a divisão clássica e mais aceita doutrinariamente é a tripartida, que “pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos: revestidas de características essenciais: população *homogênea*, território *certo* e *inalienável* e governo *independente*⁴³⁰” – em verdade, não há a adjetivação aos elementos como consenso: “a doutrina tradicional distingue três ‘elementos’ do Estado: seu território, seu povo e seu poder⁴³¹”.

A população⁴³² deve ser homogênea, proporcionando em sua base uma

as características próprias do Estado – povo, território e um poder soberano”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 63.

⁴²⁴ “No que concerne aos elementos essenciais do Estado Moderno, DALLARI ressalta a grande variedade de posições dos autores, desde a de SANZI ROMANO (soberania e territorialidade) à de DEL VECCHIO (o povo, território e vínculo jurídico) chegando à sua opção de estudos a quatro “notas características” de tal tipo de Estado, ou seja, (a soberania, o território, o povo e a finalidade)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 16.

⁴²⁵ “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 39.

⁴²⁶ Soberania, autoridade, poder ou governo, todos, nesse momento, vistos como sinônimos, não obstante haja conceituação própria e dissonante para cada uma dessas categorias operacionais.

⁴²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 76.

⁴²⁸ “É característico da teoria tradicional considerar o espaço – o território –, mas não o tempo, como um ‘elemento’ do Estado. No entanto, um Estado existe não apenas no espaço, mas também no tempo, e, se consideramos o território um elemento do Estado, então temos que considerar também o período de sua existência como um elemento do Estado. Quando se diz que não pode existir mais de um Estado dentro do mesmo espaço, obviamente, pretende-se dizer que não pode existir mais de um Estado dentro do mesmo espaço ao mesmo tempo”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 314.

⁴²⁹ Na visão positivista de Kelsen. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 301.

⁴³⁰ Divisão proposta por: MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 37.

⁴³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 299.

⁴³² “Já população se refere ao conjunto de pessoas que vivem no território do Estado ou que nele se

“unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social”. Mas o primeiro elemento formador do Estado não é a população, em seu conceito demográfico, e sim o **povo**⁴³³, os seres humanos que dele fazem parte “são considerados uma unidade⁴³⁴”. O povo⁴³⁵ de cada Estado é constituído por seus cidadãos, pelos indivíduos juridicamente vinculados a ele, sendo essencial essa conceituação nas democracias, pois é por intermédio da vontade popular que se legitimam as decisões políticas⁴³⁶. É o povo que detém o poder soberano.⁴³⁷

Estados com formação artificial ou arbitrária possuem aglomeração de pessoas heterogêneas cuja existência é precária, afastando-se da dupla qualidade “de *cidadão* membro ativo do Estado e elemento componente da vontade geral, e a

encontram em definitivo ou não. Trata-se do total aritmético de pessoas e, portanto, um conceito de ordem meramente demográfica e que se refere a pessoas que possuem vínculo jurídico com o Estado – pois estão em seu território –, mas não necessariamente possuem vínculo de ordem política com o Estado, tal como de nacionalidade. Assim, diante desta diferenciação, entendemos que o conceito de população é mais abrangente e pode incluir, além de outros, todo o povo. Diante disso, para ser um Estado, é necessária a existência de um povo que, dotado dos direitos políticos, estabelece-se como verdadeiro detentor do poder político deste Estado e o exerce nos termos da legislação vigente. [...] a palavra nação é muitas vezes utilizada para se referir ao povo de um Estado ou até mesmo ao próprio Estado. Entretanto, é importante notar que a caracterização de um Estado compreende a reunião de fatores de ordem política e jurídica, enquanto a ideia de nação será mais bem representada pela existência de vínculos de ordem cultural”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 114.

⁴³³ “Feitas as diferenciações necessárias entre os conceitos, vale ressaltar a importância do povo como elemento constitutivo do Estado. Trata-se, com efeito, de conceito constitutivo do Estado e que ganhou relevância exatamente no momento de surgimento do Estado moderno enquanto tal; afinal, no contexto do absolutismo monárquico, o conceito de povo era relacionado ao de súdito e este, por sua vez, ao de objeto. Com o desenvolvimento do Estado moderno, de viés liberal, cresce-se o apelo à participação popular na condução das coisas públicas, germinando a ideia de democracia, a qual pressupõe que o povo seja o verdadeiro detentor do poder político a ser exercido por meio de representantes”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 117.

⁴³⁴ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 334.

⁴³⁵ “Entende-se por povo a totalidade de cidadãos pertencentes ao Estado”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 126.

⁴³⁶ “O Estado consiste, primordialmente, numa comunidade de pessoas, de homens livres (como, desde a Grécia, se pretende). Constituem-no aqueles homens e aquelas mulheres que o seu Direito reveste da qualidade de cidadãos ou súditos e que permanecem unidos na obediência às mesmas leis. A tal comunidade, à comunidade política, vários nomes têm sido dados ao longo dos tempos – em português gente, república, grei, povo, nação. Preferimos falar em povo como termo jurídico bem adequado ao conceito, trabalhado pela doutrina e com largo reflexo no direito positivo”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 95.

⁴³⁷ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.118.

de *súdito*, pessoa inteiramente subordinada a essa vontade geral, soberana”.⁴³⁸

O **território**⁴³⁹ é a base física, a delimitação geográfica⁴⁴⁰ onde está vigente a respectiva ordem jurídica e onde o governo exerce o Poder⁴⁴¹ sobre os indivíduos⁴⁴²: é “o âmbito físico de seu poder soberano, o local em que seu povo está fixado e se exerce o governo. Estabelece, portanto, uma relação entre espaço e poder político, indispensável na convivência internacional dos Estados⁴⁴³”.

A ordem jurídica⁴⁴⁴ do Estado, “atuando soberanamente em determinado território, está protegida pelo princípio da *impenetrabilidade*, o que significa reconhecer ao Estado o monopólio de ocupação de determinado espaço”, sendo inviável que dentro dele duas ordens jurídicas distintas coexistam. “É o espaço dentro do qual o Estado, e isso significa os seus órgãos, estão autorizados pelo Direito Internacional a executar a ordem jurídica nacional⁴⁴⁵”. Nação⁴⁴⁶ sem

⁴³⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 38/9.

⁴³⁹ “O território revela-se indispensável para o Estado como referência da comunidade, como sede material do poder, como domínio de ação indiscutida, como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores e como instrumento ao serviço dos fins do poder. Imenso é o papel histórico do território: 1) local de fixação de um povo (os povos nômadas desconhecem a existência do Estado); 2) local de agregação ou integração de elementos diversos num mesmo povo; 3) uma das bases do sentido de identidade de um povo ao longo dos tempos, em relação (por vezes em oposição) aos outros povos; 4) uma das bases da permanência do poder político. Ele chega a dar o nome ao Estado”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 7.

⁴⁴⁰ “Não há dúvida que a unidade do Estado tem a sua lei própria e não se constitui unicamente da comunidade do espaço geográfico; mas a comunidade de espaço é condição essencial da unidade estatal. Uma zona geográfica fechada possibilita e estimula em alto grau a criação de uma entidade sócio-política também fechada [...] As fronteiras políticas da individualidade estatal não aparecem assinaladas, entretanto, de um modo decisivo pela natureza, mas são determinadas pela ação do Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 179.

⁴⁴¹ “O território é um limite para o poder político efetivo, não para o povo. Os cidadãos do Estado, sem perderem a cidadania, podem sair do território e viver no estrangeiro e aqui continuam a pertencer ao povo”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 174.

⁴⁴² “Soberania territorial significa primeiramente: poder do Estado sobre todas as pessoas e coisas, as quais se encontrem no território nacional. [...] Em segundo lugar, a soberania territorial também significa a *suposição de exclusividade do poder público no território nacional*”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 122/3.

⁴⁴³ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.126.

⁴⁴⁴ “E justamente porque o direito e as regras convencionais têm muitas vezes o mesmo conteúdo, só podem ser diferenciados pelo caráter estatal da sua criação e assecuração, que acompanha o primeiro. [...] Mas quanto menos podem as ordenações e os órgãos extra-estatais estabelecer e manter a necessária ordenação de vida social, tanto mais imperiosa será a urgência de que o Estado se encarregue de criar normas e de velar pelo seu cumprimento”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 226.

⁴⁴⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 301.

território⁴⁴⁷ próprio, como foram os judeus antes de partilharem a Palestina, não é Estado.

O **governo** – autoridade ou Poder –, por fim, “é uma delegação da soberania nacional, no conceito metafísico da escola francesa. É a própria soberania posta em ação⁴⁴⁸”, e “exprime sempre o exercício do poder soberano⁴⁴⁹”, por intermédio da divisão⁴⁵⁰ de funções⁴⁵¹ “executiva, legislativa e judiciária, fazendo

⁴⁴⁶ “Durante a Idade Média e a Idade Moderna europeias, o termo ‘nação’ tinha um sentido bastante diferente do sentido contemporâneo de que esta palavra se reveste, nascido com as revoluções que desembocaram nos movimentos constitucionalistas. ‘Nação’ era então uma aceção étnica e histórica: denominava aquelas sociedades cujos indivíduos procediam de uma mesma origem e que se integravam, juntamente com outras nações, sob a autoridade de um príncipe capaz de consolidá-las todas em um processo de homogeneização cultural (língua, costumes, religião, etc.). Não era, ainda, uma aceção política, pois, então, a soberania não residia nela, ‘nação’, mas sim no monarca, verdadeiro detentor do poder político. A proclamação da Constituição de Cádiz representou a passagem de uma concepção ‘histórica’ – espécie de nação étnica, o conjunto de relações sociopolíticas que se havia formado ao longo dos séculos de história espanhola (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 94) – para uma aceção ‘política’ de nação. De uma situação em que a soberania residia no monarca, autoridade que detinha o poder político, passou-se a outra, em que a soberania é um conceito novo, contemporâneo, nascido nos séculos XVIII e XIX, a partir dos processos revolucionários – de que a Constituição de Cádiz é um dos mais importantes exemplos – que derrotaram o absolutismo real do Antigo Regime. A nação se reorganiza, de nação histórica em nação política; e passa a ser a Nação, e não mais o rei (que, no caso espanhol, havia sido despojado por Napoleão Bonaparte em Bayona), quem se constitui em depositária da soberania. No processo, restaura-se a monarquia espanhola que Napoleão tinha tentado usurpar, mas já em forma de monarquia constitucional”. BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812**. Revista do Senado Federal. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. p. 89-112. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf. Acesso em: 13 março 2020.

⁴⁴⁷ “O território consiste em elemento caracterizador do Estado, sendo quase uníssona a doutrina neste sentido. Entretanto, é importante anotar que, nas formas de organização social anteriores ao Estado moderno, o território não gozava de tanta importância. Na cidade-Estado, por exemplo, não havia esta necessidade de delimitar um território; afinal, o tipo de relacionamento entre a autoridade pública e os particulares não tornava necessária sua definição, como bem lembra Dalmo Dallari. Já na Idade Média, sobretudo após os efeitos do feudalismo, a noção de território aparece atrelada à de patrimônio, figurando como propriedade. Entretanto, com o advento da ideia de Estado-nação, anota-se a importância do território de forma alinhada com a noção de soberania que, por sua vez, será exercida apenas e tão somente nos limites deste território que, portanto, possui o propósito de estabelecer o limite de atuação soberana de um Estado. Neste sentido, a noção de território aparece ligada à de competência – tal como defendida por Kelsen – posto que determina o limite de validade do direito”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 119.

⁴⁴⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 41.

⁴⁴⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 41.

⁴⁵⁰ “O Estado moderno concentrou e centralizou o poder de tal modo que, em seu interior, todos os sujeitos têm poder derivado, e só o governo possui poder originário. A soberania é o poder supremo, *summa potestas*, de declarar o direito num território determinado”. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

⁴⁵¹ “Este exercício do poder do Estado se dá a partir de determinada divisão de funções: executiva, legislativa e judiciária, fazendo com que haja um equilíbrio entre os poderes, bem como um sistema de freios e contrapesos que inviabilize qualquer concentração do poder em um órgão ou uma pessoa só, o que descaracterizaria a tripartição dos poderes e, portanto, a própria democracia”.

com que haja um equilíbrio entre os poderes, bem como um sistema de freios e contrapesos⁴⁵²”.

Concorrendo esses três elementos essenciais, “que só adquirem plena verdade e realidade na sua recíproca inter-relação⁴⁵³”, surge um Estado. Mas não há um Estado perfeito sem soberania⁴⁵⁴, como ocorre, por exemplo, com o Canadá, que está subordinado à coroa inglesa. A “soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder⁴⁵⁵”.

A **soberania**⁴⁵⁶, portanto, não deixa de ser um atributo atinente ao Estado moderno. “No Estado da Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania”, tendo em vista que “faltava naquela época a “oposição entre o poder do Estado e outros poderes”. Por isso, “as intervenções verificadas eram apenas para assegurar a ordem estabelecida e arrecadar tributos, não havendo, pois, a ocorrência de conflitos que tornassem necessária a hierarquização dos poderes sociais”.⁴⁵⁷

Se observarmos o conceito operacional evolutivo da categoria soberania, Aristóteles, na Grécia, falava em autarquia como significado de autossuficiência, ou seja, capacidade de suprir suas próprias necessidades⁴⁵⁸; em Roma, o poder de *imperium* era o Poder político que transcendia a majestade imperial; nas monarquias medievais a suserania abarcava o fundamento carismático e intocável; durante o absolutismo monárquico, especialmente com Luís XIV, era entendida como o poder pessoal e exclusivo dos reis, lastreada na crença do divino; com a revolução francesa, a soberania passou a representar o Poder político e jurídico, derivado da

GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 123.

⁴⁵² GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 123.

⁴⁵³ “Ao analisar, pois, a ordenação, o povo, o território e os órgãos do Estado, não se deve esquecer em nenhum caso que estes elementos do Estado só adquirem plena verdade e realidade na sua recíproca inter-relação”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 282.

⁴⁵⁴ “O poder de soberania é elemento essencial do conceito de Estado, do qual se deve partir”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 112.

⁴⁵⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 43.

⁴⁵⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 43-53.

⁴⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 81.

⁴⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 81.

vontade geral da nação⁴⁵⁹.

Foi justamente no fim da idade média, com a instituição de jurisdições concomitantes, como a do senhor feudal e a do reino, que surgiu a necessidade de se firmar um poder supremo que fosse o único, ou o último a tomar as decisões em sociedade. Aos poucos, o monarca passou a subtrair do senhorio a esfera de competência, ao ponto em que o rei se tornou soberano⁴⁶⁰ em todo o reino, com a supremacia dos órgãos de justiça, polícia e parlamento, tanto com relação aos senhores feudais e outros poderes menores, como também no tocante ao império e ao papa.⁴⁶¹

Diversas teorias⁴⁶² buscam explicar a titularidade desse poder. Jean Bodin⁴⁶³, ainda no século XVI, apoiado nos ideais das monarquias medievais, aos moldes dos senhores feudais, somados aos preceitos do império romano – *imperium*

⁴⁵⁹ “Por fim, deve-se diferenciar entre o conceito de ‘povo’ e ‘nação’. Em geral, o conceito de ‘Nação’ não pertence ao Direito do Estado, a Etnologia Empírica ou a Sociologia, mas sim a Teoria Geral do Estado do século XIX e XX. [...] O conceito de ‘nação’ ganha uma função intermediária entre o conceito puramente jurídico e puramente fático. O conceito de nação repousa num conceito empírico do povo e contém, além disso, um sentido político. A nação é, como se costuma dizer, o povo que se tornou consciente de si mesmo”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 129.

⁴⁶⁰ “Neste último, a palavra soberania é empregada para qualificar uma autoridade dotada de poder superlativo, comparada a todos os demais poderes políticos existentes. Seu sentido geral remete à ideia de que: ‘cada barão é soberano em seu baronato, e os reis são soberanos sobre todos e sobre todo o seu reino’”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.102.

⁴⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 82.

⁴⁶² “As teses clássicas são as legislativas e as executivas: as primeiras encontram a essência da soberania na emissão da lei (assim, BODIN, LOCKE, ROUSSEAU), as segundas, no momento da execução ou da coerção (assim, HOBBS). E também há quem ligue a soberania ao poder de emitir moeda, ao de lançar impostos, ao de punir ou ao de recrutar tropas. Assim como há quem sustente que soberano é quem decreta o estado de exceção (CARL SCHMITT)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 164.

⁴⁶³ “No plano teórico, Jean Bodin foi o primeiro a apontar a necessidade de submissão de todos a uma mesma autoridade legítima, sendo ainda apontado pelo autor como elemento necessário à caracterização do Estado, conceituando a soberania como o ‘poder absoluto e perpétuo de uma República’. Posteriormente, o conceito seria aprimorado pelos teóricos contratualistas, notadamente pelo vínculo que se estabelecerá entre ele e o povo, ocasionando o surgimento da teoria da soberania popular, de monumental importância para os Estados modernos. Desta forma, o conceito de soberania passa a ser germinado junto com o do Estado moderno, conceitos que não podem ser analisados separadamente. Neste sentido, os atributos do poder soberano, nos termos da teoria de Bodin, seriam (1) a unidade, pois não pode haver mais de uma autoridade soberana num mesmo território; (2) a indivisibilidade, não sendo divisível, é possível apenas a distribuição de funções; (3) a inalienabilidade, não podendo ser transferida; e, por fim, (4) a imprescritibilidade, pela qual a soberania se eterniza no tempo”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 126.

– apontava⁴⁶⁴ que a soberania⁴⁶⁵ do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual, e na sua pessoa se concentravam todas as funções, como representante de deus. As ideias de senhoriagem e *imperium* se estenderam⁴⁶⁶, e “Luiz XIV, cognominado Rei Sol, que foi o paradigma dos monarcas absolutos, dizia-se a personificação do Estado⁴⁶⁷”.

A escola espanhola elaborou a teoria da soberania popular, aduzindo que o poder público se origina em deus, mas os reis não os recebem por manifestação sobrenatural, e sim por meio de determinação providencial da onipotência divina – teoria do direito divino providencial, conforme São Tomás de Aquino – existindo, dessa forma, um poder maior do que o do governante, exercido pelo povo.⁴⁶⁸

Pela teoria da soberania nacional, que fomentou o liberalismo e inspirou a Revolução Francesa, a nação⁴⁶⁹ é a fonte única do poder de soberania, pautado no

⁴⁶⁴ “A moderna ideia de Estado tem o seu expoente na ideia de soberania. Talvez não fosse este um conceito inteiramente novo, mas JEAN BODIN (*Les six livres de la République*, 1576) pô-lo a claro, purificou-o e fortaleceu-o, fazendo dele um conceito jurídico unitário. Se bem que BODIN defina a soberania – *souveraineté, puissance souveraine absolue et perpétuelle* – em relação a qualquer Estado, a sua obra revela-se (como, afinal, quase todas as grandes obras do pensamento político-constitucional) um estudo situado, com que fundamenta juridicamente o poder do Rei em França no momento da libertação dos vínculos feudais e da centralização”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 28.

⁴⁶⁵ “Desde que Jean Bodin definiu a soberania como o direito do seu titular de dar ordens a cada indivíduo e a todos em conjunto, o Estado Moderno ao legislar torna-se um estado de legislação. No século seguinte Thomas Hobbes acentua esta ideia proporcionando a base teórica do tratado mútuo de todos os indivíduos conferindo todos os poderes ao monarca”. STOLLEIS, Michael. O Perfil do juiz na Tradição Europeia. *in*: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 24.

⁴⁶⁶ As monarquias absolutas, desconhecendo qualquer limitação do poder, chegaram a reduzir a ideia de soberania a um conceito simplista de *senhoria real*, próprio do mundo feudal (o Rei, individualmente, é o proprietário do Estado). Assim como a propriedade é o direito exclusivo do dono sobre a coisa, o poder de *imperium* é direito absoluto do Rei sobre o Estado. A partir da segunda metade do século XVI, o poder real assume, desta forma, o duplo conceito: de *senhoriagem*, próprio do feudalismo, e de *imperium* na significação extremada que lhe davam os antigos imperadores romanos”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 152.

⁴⁶⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 153.

⁴⁶⁸ PINTO, Kléber Couto. **Teoria Geral do Estado**: Fundamento do direito constitucional positivo. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2013. p. 68.

⁴⁶⁹ “A nação, tal como hoje a entendemos, foi desconhecida na Idade Média, e ainda no século XVIII os vínculos eclesiásticos e dinásticos apareciam na política muito mais fortes do que os nacionais. Até a época do capitalismo avançado não se constituíram os povos em nações. É a partir da Revolução francesa e do império napoleônico, e a princípio como reação contra este, quando as nações, em crescente medida, aparecem como as mais pujantes forças formadoras de Estados”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 199.

contrato social⁴⁷⁰ de Rousseau – que no capítulo VI do livro I, quando trata do pacto social, afirma que a pessoa pública que se forma a partir da união de todas as outras, denominado antigamente de cidade, depois de república e agora de corpo político, “chamado por seus membros de *Estado*, quando é passivo; *soberano*, quando é ativo, *poder*, comparando-o com seus semelhantes⁴⁷¹”. Seriam detentores do Poder não o povo indistintamente, mas aquele no exercício da cidadania, por meio do pacto social, que daria ao corpo social poder absoluto sobre seus membros, transparecendo, assim, a soberania.

Foi a escola clássica francesa que identificou os elementos da soberania como sendo una, inalienável, imprescritível e indivisível – sobre a tripartição de poderes, “pelos três órgãos formalmente distintos se manifesta o poder uno e indivisível, sendo que cada um deles exerce a totalidade do poder soberano na esfera da sua competência⁴⁷²”.

As escolas austríaca e alemã, essa última com destaque para Kelsen⁴⁷³, concluem que a soberania é de natureza essencialmente jurídica⁴⁷⁴, um Poder⁴⁷⁵ de direito, encontrando sua fonte e sua justificativa dentro do próprio Estado, enquanto pessoa jurídica, e não no direito natural – “teoria da soberania do Estado”. Não reconhecem o direito internacional, por exemplo, por inexistir nele sanção coercitiva. Essas doutrinas justificaram, em outro norte, também os Estados totalitários.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ “O Contrato Social”, dando grande ênfase ao conceito de soberania e já transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 83/4.

⁴⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**: Princípio de Direito Político. p. 29.

⁴⁷² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 47.

⁴⁷³ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**.

⁴⁷⁴ “Deve-se a Kelsen, e também àqueles que o antecederam nos estudos jurídicos sobre o Estado (entre eles, os já citados Gerber, Gierke e Jellinek), a elaboração do conceito de soberania como expressão da unidade e da validade de uma ordem jurídica. Desse ponto de vista, soberania e personalidade jurídica do Estado são aspectos de uma única realidade”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 94.

⁴⁷⁵ “O poder do Estado é, pois, sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado. Um complexo de relações sociais organizadas sistematicamente em unidade de poder torna-se um complexo de relações jurídicas ordenadas sistematicamente em uma unidade de ordenação – derivado da constituição positiva”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 288.

⁴⁷⁶ PINTO, Kléber Couto. **Teoria Geral do Estado**: Fundamento do direito constitucional positivo. p. 70.

Por fim, além das teorias que negam a existência da soberania, ainda há uma mista, que conjuga o Poder político com relação à fonte, que seria da nação, e o exercício do Poder, que juridicamente pertence ao Estado. Concretiza-se, dessa forma, no próprio Estado, que passa a exercer em nome da nação. Esta, aliás, detentora do poder originário, poderá retoma-lo do Estado sempre que o seu exercício seja desvirtuado.⁴⁷⁷

O conceito de soberania, essencialmente político em sua origem, quedou-se disciplinado juridicamente como forma de limitação do Poder e de importante obstáculo ao uso indevido da força estatal. Apesar de toda a evolução história, a soberania⁴⁷⁸ continua sendo visualizada como sinônimo de independência externa ou como Poder jurídico mais elevado dentro dos limites da Jurisdição do Estado, tendo este o poder de decisão em última instância.⁴⁷⁹

A soberania⁴⁸⁰ é, assim, por excelência, elemento particularizador do Estado moderno, distinguindo-o de todas as entidades políticas e modelos estatais até então observados, por destacar o caráter supremo de um ente inteiramente independente⁴⁸¹. A transformação desse Poder de fato em Poder de direito é a

⁴⁷⁷ PINTO, Kléber Couto. **Teoria Geral do Estado**: Fundamento do direito constitucional positivo. p. 71.

⁴⁷⁸ "O poder político no Estado moderno de matriz europeia não se apresenta isolado, fechado ou dotado de uma expansibilidade ilimitada como noutros tipos históricos; assume sentido relacional – pois cada Estado tem de coexistir com outros Estados; pressupõe uma ordem interna e uma ordem externa ou internacional em que se insere; envolve capacidade simultaneamente ativa e passiva diante de outros poderes. A este poder assim bem localizado dá-se, desde BODIN, o nome de soberania. E, embora o conceito correspondente não possa ter compreensão idêntica à que tinha há 400, 100 ou 50 anos, tem sobrevivido, embora com adaptações e reconversões. A generalidade das Constituições e a própria Carta das Nações Unidas (art. 2º, nº 1) continuam a fazer-lhe apelo, embora os desafios que enfrenta hoje sejam sem paralelo". MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 160.

⁴⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 89.

⁴⁸⁰ "O Estado é soberano unicamente porque pode dotar a sua ordenação de uma validade peculiar frente a todas as outras ordenações sociais, isto é, porque pode atuar sobre os homens que com seus atos lhe dão realidade de maneira muito diferente da maneira como fazem as outras organizações". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 282.

⁴⁸¹ "O Estado diferencia-se de todos os outros grupos territoriais de dominação por seu caráter de unidade soberana de ação e decisão. O Estado está acima de todas as demais unidades de poder que existem no seu território pelo fato de poderem os órgãos estatais 'capacitados' reclamar, com êxito normal, a aplicação, a eles exclusivamente reservada, o poder físico coativo, e também porque estão em condições de executar as suas decisões, dando-se o caso, perante quem a elas se opuser, por meio de todo o poder físico coativo da organização estatal atualizado de maneira unitária". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 281/2.

“expressão da racionalização do poder político, resultado de sua institucionalização e do ato de jurisdicionarizar, que, por sua vez, caracterizam o Estado de Direito”.⁴⁸²

2.4 ESTATIZAÇÃO DO PRIVADO E MONOPOLIZAÇÃO DA FORÇA

Como foi possível perceber no decorrer do capítulo, a evolução do Estado ocorreu juntamente com o desenvolvimento humano, com percepções trazidas desde a antiguidade para se solidificar na idade média, a partir de elementos caracterizadores como o povo, o território, o governo e a soberania. Foi nesse cenário que o Estado acabou por inverter a lógica até então existente, absorvendo para si atividades eminentemente “privadas”, estatizando-as, tornando-se centro de comando e Poder e, por consequência, monopolizando o uso da força.

Nos tempos primitivos, quando as relações de trabalho e o tráfego entre as pessoas eram bastante reduzidos, era mínima a necessidade de certeza jurídica racionalmente formulada para estabelecer o *status* legal necessário de modo a dirimir os conflitos sociais. Diante da forte ligação do indivíduo com os vínculos da tradição, em um cenário jurídico de fácil controle os princípios gerais do direito bastavam. Mas desde as etapas mais remotas do desenvolvimento humano, diante do questionamento da justiça aplicada ao caso concreto, era necessária uma instância de decisão para a atribuição de sentido ao direito, “mesmo quando as primitivas comunidades deixam grande parte da execução à ação privada”.⁴⁸³

Com a evolução da sociedade e a complexidade das relações humanas, “assim também o desenvolvimento da civilização torna precisa uma organização estatal cada vez mais diferenciada para o estabelecimento, aplicação e execução do

⁴⁸² RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.103-4.

⁴⁸³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267.

direito⁴⁸⁴”.

“A instituição do Estado aparece, deste modo, justificada pelo fato de ser uma organização de segurança jurídica⁴⁸⁵”. Além de seus elementos caracterizadores fundamentais, do ponto de vista organizacional, para a consecução dos seus fins o Estado moderno transferiu⁴⁸⁶, fundamentalmente, os meios reais de autoridade e de administração disponíveis na esfera privada para o domínio público estatal⁴⁸⁷. O que era exercido como uma espécie de direito, possibilidade ou faculdade individual, foi literalmente expropriado, inicialmente em favor do príncipe absoluto, de modo personificado, e posteriormente em favor do Estado, como, por exemplo, recursos administrativos, bélicos, financeiros e bens politicamente aproveitáveis de toda espécie.⁴⁸⁸

Até então, os grupos políticos na idade média eram defendidos, dominados e administrados por pessoas que tinham como suas propriedades os meios administrativos de qualquer espécie, como o poderio militar, jurisdicional e econômico, este vislumbrado em dinheiro, armas, produtos naturais, cavalos e edifícios. Mas essa forma de administração feudal⁴⁸⁹ se tornou, com o passar do tempo, inadequada para a realização de diversas tarefas sociais, especialmente

⁴⁸⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267.

⁴⁸⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267.

⁴⁸⁶ “A evolução levada a efeito, no aspecto organizador, para o Estado moderno, constituiu em que os meios reais de autoridade e administração, que eram de domínio privado, se transformassem em propriedade pública”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 163.

⁴⁸⁷ “O próprio príncipe absoluto, que, com a racionalização do poder do Estado, assenta as bases para essas distinções, acha-se ainda submetido a princípio ao *ius divinum et naturae*, herança de séculos, mesmo quando ele se considere depois *legibus solutus*. Valendo-se do *ius eminens*, que se lhe atribui, domina os direitos adquiridos dos seus súditos e livra-se, finalmente, de todas as limitações do direito positivo enquanto não acarretam indenizações de Direito Civil”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 320.

⁴⁸⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 69.

⁴⁸⁹ “Com o feudalismo dissolve-se, todavia, a ideia de Estado. A ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais. A realeza, muito longínqua, fica reduzida a uma dignidade ou prerrogativa no cimo da ordem feudal, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio. Nestas circunstâncias, o poder privatiza-se. Em vez do conceito de *imperium* vem o de *dominium*, em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. Mais que em ‘forma de Estado’ patrimonial, deve falar-se em ordenamento jurídico sob regime patrimonial. É a concepção patrimonial do poder, a qual, transformada, acabaria por subsistir quase até ao constitucionalismo”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 21.

diante da sua incapacidade e insuficiência técnica – “a fraqueza do seu executivo, a frouxidão dos controles, a ausência ou imperfeição da contabilidade”.⁴⁹⁰

Em outro norte, o aperfeiçoamento da técnica administrativa só era possível mediante uma divisão do trabalho, verificada na hierarquia das autoridades ordenadas de modo regular, com competências delimitadas e servidores especializados, consagrando o exercício da atividade pública de modo contínuo e exclusivo, cooperando para a crescente unidade estatal.⁴⁹¹

No começo da idade moderna, o Estado passou a se encarregar de atividades que antes eram desenvolvidas pela família, pela igreja ou por outras instituições, como, por exemplo, as comunicações, a Jurisdição e a cultura, notadamente em seu caráter pedagógico – estatizando, assim, o que até então se vislumbrava na esfera “privada”. Um Estado que não utilizasse as revolucionárias inovações técnicas daquele tempo estaria condenado ao fracasso.⁴⁹²

“Estado”, assim, passou a designar algo totalmente novo, pois as poligarquias imprecisas, desprovidas de território e cuja coerência era anêmica e intermitente, transmudaram-se em unidade de Poder contínuo e plenamente organizado, com uma única e competente hierarquia de servidores e uma ordem jurídica unitária, concentrando os poderes de mando em um monismo de Poder relativamente estático. A unidade jurídica e de Poder do Estado foi obra da monarquia absoluta, em um processo de independência organizativa do Poder público que redundou também na emancipação com relação aos estamentos até então dominantes.⁴⁹³

Foi por meio da burocracia⁴⁹⁴ estatal que se eliminou a intermediação

⁴⁹⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 164.

⁴⁹¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 164.

⁴⁹² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 164 e 169.

⁴⁹³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 162.

⁴⁹⁴ “Uma comparação adequada entre o meio burocrático e racional de governo e as formas passadas de dominação é a que se faz entre a máquina e o artesanato. Precisão, rapidez, univocidade, documentação, continuidade, uniformidade, hierarquia e objetividade faziam da Burocracia liberal

entre os estamentos, e especialmente entre o senhor feudal e o reino, comportando o estabelecimento do vínculo direto do súdito com caráter geral e unitário. Foram os apoios burocráticos que proporcionaram a sedimentação do Estado moderno em seus exatos contornos e que auxiliaram a condicionar o caráter estático de sua estrutura, permitindo que a unidade atingisse o território como um todo, assegurando uma unificação universal, centralizada e regida por um plano⁴⁹⁵ comum.⁴⁹⁶

A exigência de dedicação exclusiva do funcionário ao reino possibilitou a criação de exércitos perenes e burocracia de caráter contínuo, pois eles dependiam, para a subsistência econômica, do recebimento do soldo mensal. Em razão disso, a manutenção do Estado reclamava um sistema impositivo bem regulamentado apto a dispor de recursos suficientes para o sustento do exército e da burocracia, algo que não foi versado durante o Estado medieval-estamental, que sequer conhecia orçamentos ou a distinção entre receitas e despesas públicas e as privadas do senhoril, nem patrimônio independente que pertencesse ao território – não obstante a cobrança de impostos sempre ter existido, mas com outra finalidade⁴⁹⁷.⁴⁹⁸

um tipo bastante avançado de controle e administração de pessoas, normas, condutas e atividades. A distribuição de trabalho entre seus funcionários, por meio de um aprimorado sistema de competências, gerava um nível de especialização das atividades que só tendia a favorecer a calculabilidade das decisões, que se dariam agora sem considerações pessoais. E essa calculabilidade, essa capacidade de abstrair o individual, o particular, centrando-se no que pode ser utilizado e manejado com rapidez e eficácia, era justamente o que de mais interessava ao mundo novo (e sua racionalidade), que havia surgido no rastro do capitalismo. Esse era o caminho da desumanização que conformava a maneira com que se organizam as instituições”. CHAVES, Pablo Holmes. **Teoremas de transição do Estado Social**: Ciência política e controle social no estado regulador. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8134/teoremas-de-transicao-do-estado-social/3>. Acesso em: 22 out. 19. Referindo-se a Weber: WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*, Vol. 2. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 212.

⁴⁹⁵ “Como se disse, o exército permanente e a burocracia de caráter contínuo supõem a planificação da administração financeira do Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 165

⁴⁹⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 165

⁴⁹⁷ “Nesse mesmo regime político, o Estado tinha que cobrar dos seus súditos uma pesada carga tributária para manter a sua estrutura dispendiosa e financiar as suas frequentes guerras e expansões territoriais. Quem pagava por isso era o povo. Os privilégios concedidos à nobreza e ao clero, que não precisavam se sacrificar para sustentar os caprichos e prazeres do Rei, contribuíam ainda mais para estimular um sentimento de revolta popular. E o pior é que a sociedade não tinha sequer o direito de participar das tomadas de decisões. Não havia o direito de voto. As leis eram feitas unilateralmente pelo soberano, que, por sinal, não era escolhido pelo povo”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 41.

⁴⁹⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 164.

Diferentemente do que ocorria antes, no “Estado moderno os governantes e os membros da Administração não têm propriedade dos meios administrativos e estão completamente excluídos de todo aproveitamento privado das fontes de impostos e das regalias”. O patrimônio, dessa forma, pertence ao Estado, e não ao soberano ou aos funcionários.⁴⁹⁹

Nessa conjuntura, o Estado moderno, em seu viés organizativo, apresentou a primeira de suas duas características internas elementares, consistente no próprio aparato administrativo instituído por intermédio da burocracia⁵⁰⁰ apto a possibilitar a prestação de serviços públicos – até então “privados” – e organização das finanças, com a divisão racional do trabalho⁵⁰¹. E a segunda característica interna do Estado moderno viria a ser o monopólio legítimo da força, pois para a sua sobrevivência se fazia necessário um sistema coercitivo bem estruturado, para submeter os súditos, o exército e as funções essenciais burocráticas pela supremacia dos meios de coerção física legitimados pelo reino.⁵⁰²

Por certo que o monopólio da força estava representado ao final do processo na própria coerção exercida pela “polícia” e pelo exército contra a população em geral no cumprimento das ordens emanadas pelo “Estado”, as quais se originavam em comandos advindos do rei e da “legislação”, mas destacadamente da Jurisdição.

Enquanto o Estado medieval observava a fragmentação política diante da existência de diversas soberanias, incluindo nesse conceito a capacidade de julgar

⁴⁹⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 165.

⁵⁰⁰ “Foi longo o caminho que se teve de percorrer até chegar, finalmente, na Europa da Idade Moderna, à garantia jurídica por meio da organização estatal com uma numerosa burocracia. Até esse momento foi necessário deixar-se à sociedade não organizada um curso mais ou menos livre e permitir que a validade do Direito dependesse de organizações extra-estatais, de um lado, e, de outro, da conduta real dos membros da comunidade jurídica”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 309.

⁵⁰¹ “[...] o Estado atual, que organizou de maneira unitária a administração de justiça e a execução coativa graças ao seu corpo de funcionários [...]”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 300.

⁵⁰² SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 82.

em última instância⁵⁰³, como as do império – externa –, dos territórios diante dos reinos e das instituições onde estavam depositadas parcelas dos poderes públicos altamente repartidos, ocasionando uma “extraordinária desagregação jurídica e uma intolerável insegurança no direito”, o Estado moderno viu-se obrigado a unificar também a ordem jurídica para todo o território, de modo geral, regulamentada desde o centro para a existência de um *jus certum*, com um sistema de regras unitário, fechado e escrito.

Afinal, a organização do serviço público hierarquizado dotado de funcionários especializados exigia uma ordenação jurídica racional planificada, assim como a economia capitalista reclamava, tanto nas relações atinentes ao direito privado quanto na esfera pública, a previsibilidade de um direito sistematizado, o que seria proporcionado pelo direito romano, pautado pela burocracia justiniana, em contraposição ao direito germânico.⁵⁰⁴

A Jurisdição acompanhou essa mutação organizacional do direito, mas, como um Poder do Estado, emergiu socialmente de modo diferente daquela observada, por exemplo, durante o império romano⁵⁰⁵. A Jurisdição passa a ser o próprio Estado⁵⁰⁶, e precedeu até mesmo o Poder de legislar, tendo em vista que nesse período histórico de transição ainda predominavam, de certo modo, os costumes, e em outros momentos “aos homens não era dado fazer as leis. Mas

⁵⁰³ “Com esse sentido é que o termo “jurisdição” foi empregado pelo jurista italiano Bártolo de Sassoferrato, ainda no século XIV, para identificar os diversos graus de jurisdição da sociedade medieval – da mínima (o barão no feudo) à máxima (o imperador no mundo) –, todos plenos em seu âmbito de incidência”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.102-3.

⁵⁰⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 167.

⁵⁰⁵ “Com a emancipação da organização estatal produz-se, a partir da Renascença, uma relativa objetivação da jurisdição, a execução coativa e a criação jurídica, coisa que foi então possível porquanto o papel do ‘terceiro’, de tanta importância para a emancipação das normas sociais, começa a crescer poderosamente”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 310.

⁵⁰⁶ “Sob esse aspecto, o Estado afigura-se como o maior interessado na jurisdição, não estritamente na aplicação e imposição do direito nos casos individuais, mas com o conjunto das situações submetidas ao seu crivo, pois é desse modo que o seu poder se impõe”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 377.

alguns homens tinham, não obstante, o poder de julgar, aplicando a lei divina”.⁵⁰⁷ O primeiro dos juízes era o próprio rei, incumbido de uma dupla tarefa de fazer justiça e de nomear juízes para lhe auxiliar na atividade régia de declarar o direito^{508, 509}.

Como um Poder de Estado, no direito romano a Jurisdição detinha também o poder de império. Havia, nesse campo, distinção entre *jurisdictio* e *imperium*, por isso o poder de império era misto (*imperium mixtum*) quando abarcava, além deste (*imperium merum*), o poder jurisdicional. Em alguns períodos da era romana, o pretor poderia nomear árbitros para decidir as causas cíveis, distinguindo-se, dessa maneira, o processo *in jure*, perante o pretor, do processo *in judicio*, perante o juiz ou árbitro por ele indicado.⁵¹⁰

Em ambos, contudo, somente ao pretor era reservado o poder de executar, semelhante ao que ocorre atualmente com o juízo arbitral. Portanto, a essência da Jurisdição romana, que influenciou a *civil law* ocidental, estava calcada no poder de coerção, que transcendia o dizer o direito e o ato de julgar. Do ponto de vista conceitual, “foi na Idade Média que se veio a afirmar que a jurisdição consiste apenas no conhecimento (*jurisdictio in sola notione consistit*)”, muito embora a força coercitiva para a execução das decisões estivesse, em um contexto geral, concentrada no próprio ente público estatal.⁵¹¹

Foi dessa forma que o Estado moderno estatizou a Jurisdição⁵¹², trazendo

⁵⁰⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 0, nº 13, 15 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/148-artigos-ago-2000/6175-jurisdicao>. Acesso em: 26 out. 19.

⁵⁰⁸ “Os juízes e os funcionários administrativos costumam ser nomeados pelo monarca”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 429.

⁵⁰⁹ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 54.

⁵¹⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 0, nº 13, 15 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/148-artigos-ago-2000/6175-jurisdicao>. Acesso em: 22 out. 19.

⁵¹¹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 0, nº 13, 15 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/148-artigos-ago-2000/6175-jurisdicao>. Acesso em: 22 out. 19.

⁵¹² “Hobbes, quizá el primero que concibió claramente la autonomía conceptual de la jurisdicción, afirmaba sin embargo la subordinación absoluta del juez al soberano: ‘también aquellos a los que está confiada la jurisdicción son ministros públicos, porque en sus sedes de justicia representan la

para si⁵¹³ o monopólio⁵¹⁴ para a declaração do direito e resolução dos conflitos em sociedade⁵¹⁵, garantindo, também, a execução⁵¹⁶ de suas próprias decisões, ainda que com o uso da força, o que não se observava nessa plenitude durante a alta ou grande parte da baixa idade média, destacadamente no continente europeu, diante da pluralidade de jurisdições – externa (desde a máxima, derivada do imperador) e internas (até a mínima, situada com o barão do feudo).⁵¹⁷

No campo externo, a partir da queda do Império Sacro-romano, “o grau máximo de jurisdição foi atribuído ao rei, com supressão das demais, sob o regime absolutista”, resolvendo assim a problemática da coexistência de soberanias internas, real, feudais e senhoriais⁵¹⁸, e externa, vinda do imperador papal, refletindo

*persona del soberano, y su sentencia es sentencia suya, así como toda la jurisdicción está esencialmente conexas con la soberanía y porque todos los otros jueces no son más que ministros de quien o quienes tienen el poder soberano (Leviathan, parte II, cap. XXVIII, p. 214)”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 172.*

⁵¹³ “En los orígenes del constitucionalismo que en definitiva no es sino la primera consagración del monopolio del todo poder jurídico por el Estado, la exclusividad de la jurisdicción operó sobre todo frente a las Jurisdicciones privadas, propias del Antiguo Régimen, tales como el Fuero de Nobles, o la jurisdicción de las Órdenes Militares, suprimidas ya a partir de la Constitución de 1812” (tratando da Espanha). OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 86.

⁵¹⁴ “Es de esta forma cómo el principio de monopolio jurisdiccional tome cuerpo en el Estado legal del Derecho, en cuanto que expresión de la soberanía, al alcanzar el monopolio de la fuerza - dado que la asunción por el Estado del poder de heterocomposición de los conflictos frente a la autotutela, quedando ésta desterrada - al respecto, Ignacio de OTTO Y PARDO, 1989, pp.83 y ss”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. Madrid: Civitas, 2002. p. 41, em nota de rodapé.

⁵¹⁵ “É a monopolização da produção jurídica e sua aplicação por parte do Estado”. SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 213. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: set. 19.

⁵¹⁶ “[...] implicaba en un elemento de soberanía: la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. Pero es obvio, que esa potestad era una ficción porque los Tribunales, por definición, lo único que podían hacer era ordenar la ejecución, no realizarla”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 113.

⁵¹⁷ “En el Antiguo Régimen - en el que, por otra parte, no operaba la moderna distinción público-privado con la relativa nitidez con que hoy nos es familiar - la jurisdicción real no se había impuesto o había cedido terreno, frente a las establecidas por estamentos, gremios, corporaciones, etc., a veces dotadas de un ambiguo status semipúblico, Así por ejemplo, ejercían jurisdicción las autoridades universitarias, los prelados y ricos hombres y sus sucesores sobre los pueblos que fundasen (jurisdicción llamada alfonsina), los señores con señorío jurisdiccional, que la tenían en los pueblos de señorío como el rey en los de realengo, la Santa Hermandad, la Mesa, y organizaciones similares - y sobre todo la ejercía la Iglesia - aplicando el derecho canónico o el del Estado - a su vez con una multiplicación de tribunales en su seno en la que existía una llamada jurisdicción eclesiástica ordinaria con las eclesiásticas especiales de la Inquisición, el Tribunal de las Órdenes Militares, la jurisdicción eclesiástica castrense. Aunque notablemente limitado, el fenómeno pervive a lo largo del siglo XIX y en lo que se refiere a la jurisdicción eclesiástica llega hasta nuestros días”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 136/7.

⁵¹⁸ “Na Idade Média, não havia este monopólio pois coexistiam as jurisdições real, senhoral e

da mesma maneira na Jurisdição.⁵¹⁹

A partir da efetiva soberania e da exclusão da Jurisdição externa, o rei passou a concentrar em si todos os poderes⁵²⁰, facilitando, com isso, o amoldamento interno da sua Jurisdição⁵²¹. No caso da França, por exemplo, “a atividade jurisdicional durante os séculos XIII e XVI, foi objeto de várias disputas notadamente entre o poder real e o poder senhorial, e somente [...] com a Revolução Francesa, foram extintas as jurisdições senhoriais e canônicas”.⁵²²

Nesse contexto interno, com relação à Jurisdição canônica⁵²³, de certa forma, em alguns momentos pretéritos e iniciais à formação de muitos Estados modernos, os tribunais do Santo Ofício da Inquisição foram utilizados pelos monarcas que, para assegurar o Poder e eliminar seus opositores por meio dos julgamentos, perseguiam e eliminavam seus opositores, conseguindo, assim, reunir diversos reinos em torno de um Estado centralizado.⁵²⁴ Mas esta Jurisdição também estava a serviço do rei, fazendo parte do seu monopólio absolutista, sendo

eclesiástica. Aliás, a atividade jurisdicional durante os séculos XIII w XVI, foi objeto de várias disputas notadamente entre o poder real e o poder senhorial e somente em 04.08.1789, com a Revolução Francesa, foram extintas as jurisdições senhoriais e canônicas”. BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 522.

⁵¹⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.102-3.

⁵²⁰ “*Durante el Antiguo Régimen, el monopolio casi absoluto que alcanzara el Rey en la realización del poder político supondría que en su persona se concentrara la titularidad del ejercicio de poder en sus diversas formas. De esta manera en el Monarca se aunaba la creación y la ejecución del Derecho, con lo que podía, por ejemplo, llegar a ordenar la suspensión de la eficacia de una norma en un pleito una vez que éste había sido resuelto tras la aplicación de la norma en cuestión; y es que el ejercicio efectivo del poder del Rey estaba delegado en agentes y autoridades que ejercían el poder en su nombre y con subordinación, de modo que siempre era posible la avocación de sus atribuciones en favor de aquél*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 35.

⁵²¹ “*De esta forma, la jerarquía funcional quedaba clara: primaba siempre la función administrativa sobre la jurisdiccional. Podían los Jueces y Tribunales, eso sí, interponer recursos de queja frente al exceso atribuciones ejercidas por la Administración, aunque, una vez más, era el propio Gobierno (Monarca) quien los resolvía*”. (p. 121) [...] “*Ante estos conflictos aparece el poder moderador del Rey, como si éste no fuese, a la vez, la máxima autoridad del Poder ejecutivo*”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 122.

⁵²² BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês**. p. 522.

⁵²³ SANTOS, Rogério Dutra dos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. p. 261-279.

⁵²⁴ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 142.

abandonada a partir do momento em que perdeu a utilidade diante dos interesses pessoais do soberano.

Conforme anteriormente explanado⁵²⁵, e retornando ao país que foi utilizado como exemplo, Portugal pode ser considerado um dos berços do Estado moderno, pois, entre os séculos XI e XIII, um conjunto de fatores o levou a organizar a máquina pública de modo semelhante com o que foi observado em outros territórios a partir do surgimento do absolutismo monárquico.

A centralização do poder, dentre outras características, acabou por estatizar diversos serviços, e como consequência disso também monopolizou o sistema de justiça, antes desconcentrado em uma coexistência da Jurisdição pública como a “aplicada⁵²⁶ pelos concelhos, senhores, juízes e pelo rei e a justiça privada, exercida pelos parentes ou grupo da vítima”. Em termos gerais na idade média, “até então a criação jurídica veio pertencendo, em maior ou menor grau, a toda comunidade organizada e, quanto à execução, era coisa que incumbia quase a todos, que podiam fazer justiça com suas próprias mãos”.⁵²⁷

Nesse período, naquele país passou a vigorar a lei das sete partidas⁵²⁸, um conjunto enciclopédico baseado no direito romano e canônico que veio para substituir e suplantar os costumes lastreados no direito velho até então disponível. O direito velho era caracterizado pela brutalidade dos preceitos jurídicos existentes e pela utilização da justiça privada e da vingança^{529, 530}. A primeira pode ser

⁵²⁵ CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. p. 269/270. Modelo português extraído integralmente da referida obra.

⁵²⁶ Na Espanha, por exemplo, em “*El último escalón de la jurisdicción ordinaria se hallaba en manos de los Alcaldes de los pueblos, con funciones de arbitraje civil y determinadas competencias en materia criminal leve, además de las que les correspondían como órganos gubernativos y de policía*”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 15.

⁵²⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 226.

⁵²⁸ “A hipótese de o rei ser um jurista era muito reduzida. Ocorre-me o caso de Afonso X, o Sábio (governou entre 1252-84), que proclamou as siete partidas para o reino de Castela, cujo livro de direito’ mais parece um livro de textos – em libguagem vernácula – do Direito Romano. No entanto, Afonso, possivelmente o rei mais conhecedor de todos os reis medievais, não era um advogado licenciado”. CAENEGEM, R. C. Van. “**Oráculos da Lei**” ou “**Bouche de la loi**”. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 45.

⁵²⁹ “A sanção organizada desse modo é ela própria garantida por uma sanção transcendental. Os que

conceituada pela reação do autor diante de um ato que considera injusto, enquanto a segunda como a vingança institucionalizada, porquanto após o julgamento é concedido à vítima ou a um grupo de pessoas o direito de agir contra quem foi condenado pelo cometimento de um crime. A *vindicta privata*, oriunda do direito muçulmano, também coexistia na região diante da ocupação deles na península ibérica por vários séculos.

Suprimiam-se, assim, não apenas os julgamentos, mas precipuamente as execuções das decisões de modo privado⁵³¹, vedando-se, dessa forma, em regra, a autotutela⁵³². Ou seja, o monopólio⁵³³ estatal da Jurisdição também abarcava o da coação e o da execução. “Evidentemente, a coação não é o meio normal ou o único do Estado – não se cogita disso –, mas é seu meio específico⁵³⁴”. O exemplo prático trazido sobre Portugal se estende igualmente a outros Estados modernos⁵³⁵.⁵³⁶

fracassam em vingar a morte de seu parente na pessoa do assassino estrangeiro e de seu grupo são ameaçados com doença e morte pela alma do homem assassinado. Ao que tudo indica, a vingança de sangue é a mais antiga sanção socialmente organizada”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 24.

⁵³⁰ PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. p. 253-255.

⁵³¹ “ [...] pois ao ver-se obrigado pela primeira vez o Estado soberano da idade Moderna a eliminar toda ação privada, fora do estado de necessidade, teve de estabelecer, na medida do possível, para todo conflito que possa vir a dar em uma situação de força, uma decisão de caráter jurídico, ou então político”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 315.

⁵³² [...] “tendo sido proibida a autotutela, passou o Estado a prestar jurisdição, substituindo a atividade das partes e realizando em concreto a vontade do direito objeto”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 68.

⁵³³ “A eficácia deste sistema de controle jurídico está condicionado pelo monopólio estatal da coação física legal, isto é, pela inaplicabilidade de um direito legal de resistência contra as disposições do poder do Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

⁵³⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva.

⁵³⁵ A Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, teve grande influência sobre o Estado português. “Feitas as considerações acerca dos antecedentes históricos da Constituição de Cádiz, é preciso situá-la no contexto do constitucionalismo da época em que nasceu para conhecer a irradiação de sua influência. Não se restringiu à Espanha, às Filipinas e a toda a América Espanhola. Seu modelo foi adotado em Portugal, no Brasil, na Rússia, na Noruega, no Reino das Duas Sicílias (Piemonte e Sardenha), para citar apenas alguns exemplos. Foi a quarta Constituição a surgir no mundo, depois da dos Estados Unidos (1787), da França (1791) e da Suécia (1809), mas a primeira em importância e a que mais países influenciou. Instituições políticas, não se pode deixar de dizer, que nascem dos trabalhos de uma Corte Constituinte portuguesa cuja formação se assemelha em demasia àquela gaditana, para que se possa evitar buscar nesta a origem daquela. À Constituição de Cádiz cabe, sem dúvida, a autoria do que acaba plasmado na Constituição portuguesa: “A Constituição de 1822 mantém esta união real luso-brasileira, estabelecendo que a Nação Portuguesa é ‘a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios’ (art. 20o), e instituindo um sistema complexo de organização do poder” (MIRANDA, 2001, p. 18)”. BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812**. Revista do

Dessa forma, acompanhando a centralização do Poder estatal, a codificação⁵³⁷ jurídica⁵³⁸ também foi uma forma de luta contra o direito privado que existia em detrimento do direito público, não apenas do seu conteúdo como também de suas estruturas de julgamento e de cumprimento dos julgamentos, que passaram a se concentrar dentro do monopólio⁵³⁹ estatal, redundando, de acordo com o mencionado alhures, na efetivação da soberania estatal.⁵⁴⁰

Nesse caminhar, o direito culto lentamente confiou no sistema de justiça funcionários especializados⁵⁴¹, formados em direito romano, afastando aos poucos

Senado Federal. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. p. 89-112. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf. Acesso em: 8 mar. 2020.

⁵³⁶ “A finalidade imediata do Direito é impedir as ações que possam levar à destruição da sociedade política, assim como possibilitar a solução dos conflitos que a ameaçam, com o objetivo de propiciar e manter a ordem e a paz social. Para garantia de eficácia e efetividade do sistema jurídico, o Direito, por via do Estado, poderá, se necessário, fazer uso da coação, força física ou sanção. O Direito exprime, em síntese, uma relação social coercitiva, fundada em valores comuns a uma determinada comunidade estatal, expressos nas normas que integram o sistema jurídico. O papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a proporção objetiva e impessoal fixada pelo Direito. Para esse fim é que o Estado detém o monopólio da coação, que lhe é atribuído pela Constituição, de forma condicionada. Essa é uma das dinâmicas, senão a essencial, que se instaura no âmbito do Estado de Direito entre Estado, Direito e poder, lembrando que a palavra poder, de modo geral, designa a capacidade ou a probabilidade de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de outro indivíduo”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 209.

⁵³⁷ “A lei, no século XVIII, prevalece sobre o costume como fonte de Direito, esboçando-se o movimento das codificações. Nesse tempo, reforma-se a justiça, são criados os exércitos nacionais, e a assistência social. Incrementa-se o capitalismo comercial, depois industrial, e a burguesia se fortalece como o setor mais dinâmico da sociedade”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 76.

⁵³⁸ “Dado que o Estado soberano tem reclamado para si, e com êxito, o monopólio da coação física legítima, convertendo-se em unidade social suprema de decisão e ação frente às demais instâncias autônomas, reserva-se, por motivos de conveniência, a denominação de direito àquela ordenação normativa social que se estabelece e assegura por meio de órgãos especiais da organização estatal”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 226.

⁵³⁹ “Em verdade, o Estado não tem necessariamente um monopólio de criação do Direito, mas sim apenas uma prerrogativa de criação do Direito”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 113.

⁵⁴⁰ “[...] o poder do Estado se convertesse em unidade de decisão e ação no seu território, fenômeno que se produziu entre os séculos XVI e XIX. A ideia de um sistema jurídico positivo unitário só pôde aparecer enquanto os interesses sociais reclamaram uma ordenação planificada e previsível da cooperação em todo o território e tornaram possível aquele sistema graças à organização burocrática”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 313.

⁵⁴¹ “O processo teve seu germe na arbitragem, a partir do momento em que esta se tornou compulsória. No momento em que o Estado, paulatinamente, passou a entender que competia a ele, e não às partes, indicar o árbitro para a resolução dos conflitos e atuação do direito, começa a história do processo jurisdicional, a qual necessita hoje equilibrar os papéis dos atores processuais, garantindo que as partes sejam efetivamente compreendidas e que as decisões sejam qualitativamente fundamentadas”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p.

dos tribunais pessoas despreparadas, oportunizando que o desfecho dos processos se desse de maneira relativamente previsível, justamente diante da classe de juristas que fundamentava suas decisões em normas racionais. A codificação implementada pelo príncipe e a burocratização das funções de julgar e executar eliminaram o direito do mais forte, tornando viável a consecução do exercício legítimo do poder físico estatal.⁵⁴²

E é então no Estado moderno que o *status* social do direito alcança o mais alto grau de segurança jurídica em comunidade, não somente com relação ao sentido mas também no tocante à execução, exatamente porque a partir de então o Estado passou a possuir uma organização hierárquica composta por um corpo técnico extraordinariamente diferenciado integrado por meio de “órgãos dedicados ao estabelecimento, aplicação e execução do direito positivo”. A efetividade e a eficácia desse sistema de controle jurídico estão integralmente condicionadas ao monopólio estatal da coação da força física legal, ou seja, “pela inadmissibilidade de um direito legal de resistência⁵⁴³ contra as disposições do poder do Estado”.⁵⁴⁴

Por isso, a concepção de Estado moderno está vinculada ao entendimento de que ele “é o único criador do Direito e ele mesmo solucionará os conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador⁵⁴⁵”.

Dessa forma, por consequência diante da evolução e da interlocução entre as duas características organizacionais – burocracia e coerção –, a formação do Estado moderno não apenas sedimentou a burocracia existente para a consecução da máquina pública, como também, com o passar do tempo, exigiu que

1.

⁵⁴² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 167/8.

⁵⁴³ “No Estado de Direito torna-se, além disso, em grande parte supérfluo o direito de resistência contra atos do Estado legalmente irregulares, porque o súdito ou subordinado a quem afetam pode, em geral, proteger contra eles valendo-se de meios jurídicos”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 271.

⁵⁴⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 269.

⁵⁴⁵ SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. p. 213.

ela fosse ainda mais elaborada⁵⁴⁶, tendo em vista que o poder de dominação do soberano absoluto era expressado por meio da administração⁵⁴⁷.

A burocracia, que inicialmente estava encarregada somente de cobrar impostos e manter exércitos⁵⁴⁸, tornou-se altamente complexa, acompanhando a evolução e as necessidades da sociedade, especialmente as que surgiram na idade contemporânea, aumentando, por derivação e necessidade, a quantidade e a variedade de órgãos estatizados responsáveis pela declaração do direito ou, em uma interpretação ampliativa acerca do conceito, incrementando órgãos públicos responsáveis pelo exercício da Jurisdição, notadamente a partir da formação do Estado moderno constitucional, que experimentou predicados especiais em suas estruturas liberais, sociais e democráticas, acompanhando as exigências evolutivas da sociedade.

⁵⁴⁶ “A estrutura burocrática é por to da parte um produto tardio do desenvolvimento. Quanto mais retrocedemos no processo de desenvolvimento, tanto mais típico é para as formas de dominação a ausência da burocracia e do funcionalismo, em geral. A burocracia é de caráter ‘racional’: regra, finalidade, meios, impessoalidade ‘objetiva’ dominam suas atitudes. Por isso, seu surgimento e sua divulgação tiveram por to da parte efeito ‘revolucionário’ naquele mesmo sentido especial, ainda a ser exposto, que caracteriza o avanço do racionalismo, em geral, em todas as áreas. Neste processo, a estrutura burocrática aniquilou formas estruturais da dominação que não tinham caráter racional, neste sentido especial”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. p. 217.

⁵⁴⁷ WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. p. 304.

⁵⁴⁸ “Pois somente a forma burocrática do exército possibilita a formação de exércitos profissionais permanentes, tais como são necessários tanto para a pacificação duradoura de Estados extensos quanto para a guerra contra inimigos distantes, particularmente a ultramarina”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. p. 217.

CAPÍTULO 3

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO E DA JURISDIÇÃO

3.1 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO CONSTITUCIONAL

Apesar da existência de regras para o convívio em sociedade, o conflito sempre foi inerente à condição humana e observado desde a antiguidade, para o qual era exigida a presença de um julgador que pudesse o solucionar. Naquela época, tanto as regras quanto os julgamentos estavam pautados exclusivamente pela teocracia, e era a pessoa do líder da comunidade, sob o pretexto da divindade, o responsável por ambas funções: a de criar e a de aplicar o direito.

As atividades legislativa e jurisdicional evoluíram juntamente com o ser humano, e, por consequência, com o próprio Estado⁵⁴⁹. Enquanto nas quadras mais remotas o direito era apenas o teocrático-consuetudinário e os julgamentos derivados da vontade de deus, a partir dos tempos mais recentes a criação do direito e a possibilidade de dirimir os conflitos sociais foi tomada como um monopólio estatal, impedindo-se, dessa forma, a autotutela e a vingança privada.

No decorrer da história, assim como e juntamente com a evolução do direito, vislumbrou-se nos grupos de pessoas reunidas uma finalidade comum, com características próprias semelhantes ao que visualizamos em um Estado. Nessas

⁵⁴⁹ “[...] Uma segunda perspectiva, de natureza mais estritamente política e jurídico-positiva, reconduz o Estado a um processo político e jurídico de agir. Logo, volta-se, para a legitimidade política, a organização e a técnica de limitação do poder dos governantes e para os direitos e deveres atribuídos aos governados. Grandes períodos que demarca são os do Estado estamental ou da monarquia limitada pelas ordens, do Estado absoluto e do Estado constitucional, representativo ou de Direito, este com grande complexidade e, nos séculos XX e XXI, até com contradição de opções e valores”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 32.

diversas fases, esse conjunto comunitário foi conceituado como Estado antigo, grego, romano, medieval até chegar ao Estado moderno. Apesar da existência de diversas teorias, não há exatamente uma que discipline o Estado contemporâneo, o que não significa que ele não evoluiu desde então – diante da complexidade e da pluralidade do Estado contemporâneo, a tarefa de elaborar uma teoria acerca dele é tarefa árdua.

Há dentro da conceituação do Estado moderno três facetas: estamental, absolutista e constitucional. As duas primeiras de classificação mais simplória, notadamente diante da realidade presenciada na época de suas respectivas existências, no decorrer do final da idade média; o último, constitucional⁵⁵⁰, experimentou, já no caminhar da idade contemporânea, uma espécie de sucessão formando subgrupos, como, exemplificadamente, Estado liberal, Estado social e Estado democrático – dependendo, por certo, do ponto de vista doutrinário, tendo a maior parte deles, como ponto comum, ser um em evolução mas não necessariamente em contraposição ao outro; portanto, de algum modo eles são complementares.

O Estado moderno, de modo generalizado, surgiu em contraste ao Estado medieval, no final da idade média e início da idade moderna, entre os séculos XV e XVI, apresentando elementos essenciais que os distinguia dos demais: o povo, o território e o governo, somados à soberania exercida pelo Poder.

O Poder, nessa etapa inicial do Estado moderno, estava depositado exclusivamente na mão do rei, em um sistema denominado primeiramente estamental que logo em seguida avançou para o absolutismo monárquico – não obstante nessas fases iniciais não fosse possível caracterizar eles como Estado com todas as suas características clássicas.

⁵⁵⁰ “Assim se qualifica por Estado constitucional da separação de Poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 49.

No decorrer do absolutismo, é usual fazer a distinção⁵⁵¹ do poder monárquico em dois⁵⁵² períodos: no primeiro deles, que termina no início do século XVIII, o rei pautava a sua autoridade com base no “direito divino”, governando seus súditos diante da escolha de deus, cuja autoridade era revestida por um sentimento religioso. No segundo, entendido na primeira etapa do século XVIII, apesar da percepção religiosa continuar presente no seio da comunidade, procurava-se atribuir uma atmosfera de racionalismo dentro de um ambiente de iluminismo predominante, emergindo a figura do déspota esclarecido, ou, em outro viés, o surgimento do Estado de polícia – “tomando-se então o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou seu primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar”.⁵⁵³

O Estado de polícia (*polizeistaat*) foi observado, por exemplo, na Prússia durante o reinado de Frederico II e seus sucessores. Está sedimentado no uso da força pública, inclusive sobre eventuais decisões jurisdicionais, para controle ideológico da população e especialmente repressão política dos opositores ao regime, caracterizado também pela total irresponsabilidade do soberano perante seus atos.

⁵⁵¹ “É usual distinguir dois subperíodos na evolução do absolutismo. Num primeiro, que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de ‘direito divino’. O Rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus, exerce uma autoridade que se reveste de fundamento ou de sentido religioso. Numa fase subsequente, embora essa referência básica se mantenha a nível de consciência jurídica da comunidade, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente de iluminismo dominante. É o ‘Despotismo Esclarecido’ ou, noutra perspectiva, em alguns países, o ‘Estado de polícia (tomando-se então o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou seu primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar). Não se pense, que, ao longo destes séculos, só há monarquias. Também se encontram algumas repúblicas, desde a Holanda e as cidades hanseáticas do norte da Alemanha à Suíça e ao norte da Itália – todavia, repúblicas aristocráticas (com raras exceções), mais próximas das da Antiguidade do que das repúblicas democráticas que surgiram depois das Revoluções americana e francesa”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 35.

⁵⁵² “Pode-se identificar duas fases dentro desse tipo de Estado. Na primeira, o poder do Monarca é atribuído à escolha divina, governando pela graça de Deus: seu fundamento é religioso. Na fase seguinte, já há uma alteração do fundamento do poder do governante: é a fase do despotismo esclarecido, em que se atribui ao poder uma racionalidade calcada pelas idéias iluministas, mas pouco modificando os poderes do Monarca, com atuação ilimitada e irresponsável juridicamente”. SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 218.

⁵⁵³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 35.

O Estado de polícia é uma evolução, ou um período de transição verificado em alguns lugares, com relação ao Estado absolutista, transvertido na finalidade do bem-estar dos súditos, a qual, contudo, confundia-se com os interesses particulares – e patrimoniais⁵⁵⁴ – do soberano. Quanto melhor disposto o indivíduo, maior a arrecadação tributária do Estado. Para operacionalizar esse círculo virtuoso, no entanto, o Estado teve que intervir na economia e na assistência social, destacando instituições⁵⁵⁵ para a consecução dos benefícios e da ordem, denominadas polícia. “Não por acaso, dá-se, contemporaneamente, a criação de exércitos nacionais e de sólidos aparatos administrativos e coativos”.⁵⁵⁶

Assim como o absolutismo monárquico rejeitou a interferência da igreja em sua soberania – como ocorria no Estado feudal e Estado moderno estamental –, inspirado em ideais realistas e renascentistas, concentrando todo o Poder do Estado no monarca, com o passar dos tempos, diante da clara ausência de liberdade para os indivíduos, surgiu uma nova mentalidade social inspiradora do antiabsolutismo, pautada pela limitação do poder real diante da soberania do povo.⁵⁵⁷

A partir do século XVIII⁵⁵⁸, a racionalidade apresentada pelos ideais iluministas⁵⁵⁹ passou a ganhar espaço no seio da governabilidade, atuando concomitantemente ao lado das revoluções culturais e liberais, questionando a

⁵⁵⁴ “Além disso, porém, em virtude da política mercantilista que seguiu o Estado, fomentou-se de modo consciente e intencional o desenvolvimento capitalista a fim de fortalecer o poder político [...]. A teoria do mercantilismo, desenvolvida primeiramente na Inglaterra no século XVI mas já praticada ali um século antes, aspirava a aumentar o poder do Estado, mediante o incremento das receitas do monarca e, mediatamente, pela elevação da capacidade impositiva do povo.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 165

⁵⁵⁵ “Em larga medida, a máquina (política e administrativa) do Estado constitucional é a mesma do Estado de polícia”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 38.

⁵⁵⁶ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.31.

⁵⁵⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 142-147.

⁵⁵⁸ “Nesse tempo, reforma-se a justiça, são criados os exércitos nacionais, e a assistência social. Incrementa-se o capitalismo comercial, depois industrial, e a burguesia se fortalece como o setor mais dinâmico da sociedade. Todavia, a falta de poder político desta a leva a apoiar ou a fazer a revolução”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 76.

⁵⁵⁹ “As concepções iluministas de liberdade, de outro vértice, de modo geral sinalizavam para três perspectivas: a) para a autonomia do indivíduo frente ao Estado absolutista e para os excessos da Igreja e da religião; b) para a autonomia da razão em face das superstições; e c) também para a condição para o progresso contínuo e racional da humanidade”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 54.

legitimação da titularidade do poder do rei, assim como clamando pela unificação da nação⁵⁶⁰ ao Estado.

Foi dessa forma, “com o ciclo das revoluções e o pensamento político e filosófico liberal⁵⁶¹”, que emergiram os Estados⁵⁶² constitucionais⁵⁶³, onde, em termos gerais⁵⁶⁴, Poder e governo estão regulados pelo direito⁵⁶⁵, havendo proteção aos direitos fundamentais, dentre eles os direitos políticos, e limitação ao Poder estatal.⁵⁶⁶ Vislumbra-se centralidade da instituição representativa (parlamento),

⁵⁶⁰ “O moderno Estado de tipo europeu emergiu na história como Estado nacional (foram tanto a nação como o poder centralizador do Rei que lhe conferiram unidade e coesão); e, após séculos de absolutismo, a Revolução Francesa adotou o termo ‘nação’ para designar o povo. Em contrapartida, a própria existência do ordenamento estatal e o convívio durante gerações na sujeição ao mesmo poder representam fortes veículos de criação de novos laços sociais e culturais, e não apenas políticos. Se na Europa a ideia de Estado e o sentimento de nação despontaram quase ao mesmo tempo, noutros continentes, nos dois últimos séculos, o Estado tem vindo a preceder a nação e a servir de fulcro para a sua formação (até para que, com a nação formada, melhor fique assegurada a sua sobrevivência). [...] Uma nação funda-se, portanto, numa história comum, em atitudes e estilos de vida, em maneiras de estar na natureza e no mundo, em instituições comuns, numa ideia de futuro (ou desígnio) a cumprir. Diferencia-se das demais pelos fatores característicos que a fazem tomar consciência de si mesma e que ficam a marcar o seu destino. Estes fatores são extremamente variáveis: há nações que aparecem vinculadas mais a fatores linguísticos, outras a fatores étnicos, ou religiosos, ou geográficos ou institucionais”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 106.

⁵⁶¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 47.

⁵⁶² Estados, no plural, diante da diversidade de Estados constitucionais. Nesse sentido: “Triunfa a unanimidade formal, perde-se a unanimidade material. Ao contrário do período monárquico absoluto, agora todos os Estados se preocupam com dotar-se de Constituições em perfeito sentido formal. E, ao contrário do período liberal, nessa forma solene única inserem-se matérias e intuitos divergentes. Por outras palavras e em síntese: devemos supor vários, e não um, tipos constitucionais. Ao mesmo tipo histórico de Estado – o europeu – vão corresponder diferentes tipos constitucionais de Estado”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 49.

⁵⁶³ “[...] um dos primeiros e mais importantes passos para a construção da ideia moderna de democracia foi a limitação do poder real por um parlamento eleito e por uma Constituição escrita”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 164.

⁵⁶⁴ “De ahí el concepto de Estado de Derecho - en oposición a otros que no lo serían - y todo el complejo problema de la limitación del Estado - del poder - por el Derecho, que sería impensable si no se partiera de esta diferenciación de conceptos, esencialísima para captar el núcleo del Estado constitucional moderno”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 173/4.

⁵⁶⁵ “Durante o século XIX fácil fora olhar a ideia de Constituição para definir o sistema político, pois que, sendo ela constante no que regulava e respeitada, Estado que tivesse Constituição qualificava-se de Estado constitucional. No século XX tudo se modifica, admitem-se as formas sem se admitirem os princípios, votam-se compromissos entre forças que não se podem neutralizar, os mesmos princípios adquirem significados diferentes e, quando se inscrevem nos textos, nem sempre conseguem concitar o acordo dos intérpretes”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 47.

⁵⁶⁶ Nesse sentido: “Com o advento das ideias iluministas – no campo teórico – e das lutas contra o Antigo Regime – no campo dos fatos –, firma-se um modelo de Estado que denominamos Estado moderno, ente criado e regido por uma Constituição, a qual limita os poderes do Estado, a cargo do governo, e dispõe acerca da organização deste Estado, fornecendo assim os elementos

tripartição de poderes (executivo, legislativo e judiciário) e proteção às liberdades públicas (limitação negativa de poder)⁵⁶⁷ – O “poder judiciário funciona como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do executivo. O desejo de estabelecer tal equilíbrio foi uma das forças motrizes na evolução da monarquia constitucional a partir da monarquia absoluta⁵⁶⁸”.

Assim, o Estado Constitucional⁵⁶⁹ se diferencia do Estado absolutista⁵⁷⁰, “em primeira linha, pela *divisão de poderes*. O poder estatal não está acima do Direito, mas vinculado a um Direito a ele concedido⁵⁷¹”, configurando-se “como contraponto lógico, dialético, da liberdade, mais precisamente das liberdades juridicamente ordenadas⁵⁷²”. “Trata-se aí de uma guinada histórica relevante: a transição do poder das pessoas para o poder das leis⁵⁷³”.⁵⁷⁴

Três Estados contribuíram fortemente para a transição constitucional⁵⁷⁵: a

necessários ao surgimento da ideia de democracia, incluindo o da tripartição dos poderes, teoria desenvolvida em alguma medida por John Locke, em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de 1690, e sistematizada com a importância que lhe daria a posteridade por Montesquieu, em sua mais brilhante obra O espírito das leis, de 1748”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 162.

⁵⁶⁷ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.32.

⁵⁶⁸ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 402.

⁵⁶⁹ “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo”. COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 77.

⁵⁷⁰ “A forma mais pronunciada de autocracia é a monarquia absoluta, tal como existiu na Europa do século XVIII e no Oriente, durante os mais diversos períodos e entre os mais diversos povos. Sob essa forma de governo, também conhecida como despotismo, a ordem jurídica, em todos os seus estágios, é criada e aplicada diretamente pelo monarca ou por órgãos que ele nomeou. O monarca não pode ser responsabilizado pessoalmente; não está sob a lei, já que não está sujeito a quaisquer sanções jurídicas. A posição de monarca é hereditária, ou então, cada monarca escolhe seu sucessor” Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 428.

⁵⁷¹ KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 169.

⁵⁷² MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6

⁵⁷³ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

⁵⁷⁴ Havia resistência à separação de poderes - não era aceita na prática, especialmente com relação ao Judiciário, de acordo com a interpretação francesa: “Esta contradicción entre la aceptación teórica del principio y su subversión práctica será la constante permanente”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 65.

⁵⁷⁵ “Há que considerar, em parte, as revoluções burguesas, com os seus novos documentos constitucionais, como uma continuação da empresa heroica de ordenação consciente da realidade

França, com a revolução francesa; a Inglaterra, com a revolução industrial, e os Estados Unidos, ofertando a primeira constituição⁵⁷⁶ escrita, em sentido moderno, onde estava institucionalizado juridicamente o Poder político^{577, 578}.

Nesse diapasão, apesar de formalmente dissonantes, as categorias Estado Constitucional, Governo Representativo e Estado de Direito são, materialmente, semelhantes, e qualificam, cada qual, características específicas identificadoras do Estado moderno, podendo ser consideradas, ao menos nesse contexto perfunctório, sinônimas.

A expressão⁵⁷⁹ Estado constitucional tem origem francesa, e significa que o Estado está suportado por uma constituição, fundadora e reguladora dos direitos do cidadão diante do Estado. Governo representativo tem origem inglesa e classifica a forma de governo pautada por uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder, onde toda a coletividade, e não apenas pequenos grupos como acontecia

social segundo um plano unitário, que o absolutismo continental iniciara. [...] O objetivo das revoluções burguesas dos séculos XVII ao XIX e das Constituições que propugnam era a limitação do poder absoluto do Estado por um Direito Constitucional consignado em um documento escrito". HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 320/1.

⁵⁷⁶ Uma constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um *demos*, ou seja, de uma homogeneidade cultural, uma identidade coletiva ou uma condição social, senão, ao contrário, de garantir, por meio daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de sua legitimidade, diferentemente do que ocorre com as leis ordinárias e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, senão em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, todos e direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e atos de governo expressados nas contingentes maiorias. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 28.

⁵⁷⁷ "Uma breve observação a respeito do significado das três experiências constitucionais inaugurais do constitucionalismo moderno, com destaque para a norte-americana e a francesa, mas sem olvidar que parte das premissas teóricas e mesmo parte das instituições que passaram a integrar a noção de um Estado Constitucional são oriundas da tradição constitucional inglesa (como, por exemplo, a própria doutrina da *rule of law*, que, no direito constitucional continental, recebeu sentido em parte diverso), revela que todas foram determinantes para a afirmação, no cenário jurídico-constitucional e político do final do século XVIII, dos contornos da noção de um Estado Constitucional, compreendido como um Estado de Direito, na perspectiva da limitação jurídica do poder, e lançaram as bases da evolução posterior". SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 60.

⁵⁷⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 77.

⁵⁷⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 77, em nota de rodapé.

no Estado estamental, ainda que com limitações, elege seus representantes. Por fim, Estado de direito é o que estabelece juridicamente a divisão de poderes e o respeito à legalidade na ação dos governantes como garantia de direitos aos cidadãos.⁵⁸⁰

Porém, convém registrar que com a expressão “Estado de direito” se entendem, habitualmente, no uso corrente, duas coisas diferentes que é oportuno distinguir com rigor. Em sentido lato, débil ou formal, “Estado de direito” designa qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados pelas formas e com procedimentos legalmente estabelecidos. Nesse sentido, correspondente ao uso alemão do termo *Rechtsstaat*, são Estados de direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, em que os poderes públicos possuem uma fonte e uma forma legal.⁵⁸¹

Em um segundo sentido, forte ou substancial, “Estado de direito” designa, em mudança, somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estejam, ademais, sujeito à lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não somente com relação às formas, senão também nos seus conteúdos. São Estados de direito aqueles que possuem ordenamentos jurídicos em que todos os poderes estão vinculados a princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de Poderes e os direitos fundamentais.⁵⁸² Nessa segunda concepção o Estado de direito seria equivalente ao Estado moderno constitucional.

O Estado moderno constitucional⁵⁸³ traduz, na prática, o cumprimento do ideário iluminista, que teve seu apogeu na luta do indivíduo contra a tirania do

⁵⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 38-41.

⁵⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 11/2.

⁵⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 11/2.

⁵⁸³ A presente tese utilizará a categoria “constitucional” para qualificar o Estado moderno, mantendo integralmente citações doutrinárias que identificam o “Estado de Direito” como sinônimo de “Estado constitucional liberal”. Nesse sentido também orienta Canotilho, ao afirmar que Estado constitucional traduz com melhor sentido o que era denominado Estado de Direito. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

Estado aliada à preservação dos direitos fundamentais.⁵⁸⁴ “Configura-se como contraponto lógico, dialético, da liberdade, mais precisamente das liberdades juridicamente ordenadas⁵⁸⁵”.⁵⁸⁶

De maneira específica, a mudança está sedimentada em quatro pilares. O Estado constitucional oferta, num primeiro plano, um Poder político habilitado juridicamente, limitando as possibilidades do seu uso de forma arbitrária em razão de sua transformação em competência outorgada regulamentada pelo direito⁵⁸⁷. Em segundo plano, por meio dele o Estado também rompeu a antiga concepção de organização política prevalecente desde a antiguidade clássica, de pensamento aristotélico-tomista, radicado na preeminência do indivíduo sobre o Estado, determinando que era ele quem fazia o Estado, e não vice-versa.⁵⁸⁸

Avançando, a transformação foi situada “pela certeza da periculosidade do poder político (pessimismo potestativo) e pela convicção da capacidade do direito positivo em dominá-lo (otimismo normativo)”, refletindo o Estado na representação da ordem socialmente desejada e estabelecida pelo direito voltada à consecução de um ideal. Finalmente, porque a obrigação política entre governantes e governados passa a ser equacionada pela atribuição de deveres aos primeiros e direitos aos últimos, diferentemente do verificado até então no decorrer da idade média, quando o homem era sujeito apenas de deveres e obrigações perante o soberano e a

⁵⁸⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 99.

⁵⁸⁵ MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. p. 6.

⁵⁸⁶ “O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a esse último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula do Estado de direito democrático”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. p. 100.

⁵⁸⁷ “Todo este sistema de apoderamientos se sujeta a reglas ciertamente, porque en ningún caso el poder jurídico viene circunscrito exclusivamente por el fin - ésta es la característica esencial del Estado de Derecho frente al Estado de policía de Antiguo Régimen - sino que su atribución y ejercicio se sujeta a límites para salvaguardar en definitiva la libertad de los individuos”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 34.

⁵⁸⁸ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.206/9.

igreja.⁵⁸⁹

O Estado moderno constitucional, que debutou de modo liberal, assumiu, a partir de então, diante da evolução ou revolução⁵⁹⁰, outras facetas: social⁵⁹¹ e democrática⁵⁹².

3.2 ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL – “LEGISLATIVO”

O Estado moderno nasceu absolutista, e durante largo período todos os atributos do monarca, sejam eles virtudes ou defeitos, foram pessoalizados, incorporados e confundidos com as qualidades do Estado, explicando a razão pela qual desde a idade moderna “o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima”.⁵⁹³

Por isso, o primeiro modelo de Estado moderno constitucional é o

⁵⁸⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.206/9.

⁵⁹⁰ "A qualificação jurídica das revoluções é determinada pelo êxito. Se fracassarem, a sua importância é jurídico-penal; se triunfarem, têm uma importância jurídico-política (Giese)". ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016. Título original: *Allgemeine Staatslehre politikwissenschaft*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. p. 242.

⁵⁹¹ “Operando com o referente ‘discurso constitucional’, reafirmo minha proposta no sentido de que, o surgimento do Estado Contemporâneo ocorreu na segunda década do Século XX, em 1917, com a Constituição Mexicana, confirmando-se, logo em seguida, em 1919, com a Constituição Alemã de Weimar”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 32.

⁵⁹² “Na terceira fase, a do Estado constitucional de direito, a maior ênfase nos controles jurídicos que nas garantias políticas opera em favor de uma concepção de democracia que vai muito além da regra da maioria ou do respeito às regras do jogo democrático. Tal como o Direito, que incorpora em nome de sua própria garantia, esse tipo de Estado orienta-se por valores fundados na dignidade humana e nos direitos fundamentais. Os cidadãos têm iguais direitos e obrigações instituídos pela Constituição, a partir de determinados valores, que se traduzem na fórmula do Estado Democrático de Direito, espécie do Estado constitucional e internacional de direito, tipo mais recente na escala evolutiva do Estado moderno”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 331/2.

⁵⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 270.

liberal⁵⁹⁴, inflado pela burguesia⁵⁹⁵ desprovida de titulação (*status*) mas enriquecida economicamente⁵⁹⁶, que, em contraste ao absolutismo, pregava⁵⁹⁷ a intervenção mínima do Estado nas relações privadas. Sob a esfera do jusnaturalismo, a liberdade contratual⁵⁹⁸ era um direito fundamental do indivíduo, e na mesma esteira outros direitos naturais foram proclamados e elevados ao mesmo patamar, como, por exemplo, a propriedade privada⁵⁹⁹.

Originalmente, essa espécie de Estado era denominada “de direito⁶⁰⁰”, em um conceito tipicamente liberal; “daí a falar-se em Estado Liberal de Direito”.⁶⁰¹

⁵⁹⁴ Pasold afirma que o Estado moderno deu lugar ao Estado contemporâneo em 1917, a partir da constituição mexicano; não se cuidaria, assim, de Estado moderno constitucional sociais, mas de Estado contemporâneo: “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade. É isso que sustentam, de seus pressupostos doutrinários e prismas próprios, os autores que o teorizam e propugnam: além de KANT e ADAM SMITH, THOMAS PAINE (Direitos do Homem), MADISON (O Federalista), WILHELM VON HUMBOLDT (Sobre os limites da acção do Estado), BENTHAM (Obras), BENJA- MIN CONSTANT (Princípios de Política), ALEXIS DE TOCQUEVILLE (Da Democracia na América), STUART MILL (Sobre a Liberdade, Sobre o Governo Representativo) e tantos outros (como, em Portugal, SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA e ALEXANDRE HERCULANO)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 41.

⁵⁹⁵ “Incrementa-se, entretanto, o capitalismo, primeiro comercial, depois industrial, e a burguesia revela-se o setor mais dinâmico da sociedade. O contraste crescente entre o poder económico da burguesia e a sua falta de poder político hão-de levá-la depois a fazer ou a apoiar a revolução”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 37.

⁵⁹⁶ “Isso aconteceu com a monarquia absoluta dos séculos XVII e XVIII, que equilibrou a nobreza e a burguesia”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 170.

⁵⁹⁷ “Em termos gerais, pode dizer-se que o movimento liberal se propôs realizar cinco princípios fundamentais: soberania nacional; constituições escritas; representação política; divisão de poderes; direitos e liberdades individuais”. HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 62.

⁵⁹⁸ “As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários LOCKE (Segundo Tratado sobre o Governo), MONTESQUIEU (Espírito das leis), ROUSSEAU (Contrato Social), KANT (além de obras filosóficas fundamentais, Paz Perpétua) – e importantíssimos movimentos económicos, sociais e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito. Ponto culminante de viragem é a Revolução francesa (1789–1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a evolução se desencadeia um século antes e onde se inicia a ‘Revolução industrial’), e os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colónias de que se formou, com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 38.

⁵⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 270.

⁶⁰⁰ Por diversas razões preferiu-se na presente tese adotar a terminologia “Estado constitucional” ao invés de “Estado de direito”, dentre elas: “Por isso, cabe razão à Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra ‘Estado’”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. rev. e atua. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 115.

⁶⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 114.

O liberalismo⁶⁰², surgido na Inglaterra ainda no século XVII, quando publicado em 1689 o *Bill of Rights*⁶⁰³, imposto pelo parlamento ao reino, tratando de diversos princípios individuais, em resguardo aos súditos e limitadores dos poderes do rei, como a proibição de instituição de impostos ou empréstimos compulsórios pela coroa sem o aval do parlamento; impossibilidade de julgamento que não fosse pelo juiz natural, nem a imposição de tribunais de exceção; a liberdade religiosa e o porte de armas⁶⁰⁴, “foi essencial para a transformação das estruturas jurídicas medievais em um sistema parlamentar limitador do poder real⁶⁰⁵”.

Um dos autores liberais de maior destaque foi John Locke (1632-1704)⁶⁰⁶, por meio de sua obra *Dois Tratados sobre o Governo Civil* (*Two Treatises of Government*), publicada⁶⁰⁷ em dois volumes, no ano de 1689. No primeiro volume, criticou o modelo formatado pelo absolutismo monárquico; no segundo⁶⁰⁸, “elaborou uma teoria liberal de Estado, segundo a qual o Poder Executivo e o Poder Legislativo, em conjunto, detinham o poder de justiça⁶⁰⁹”. Infundido pela teoria contratualista⁶¹⁰ de Thomas Hobbes⁶¹¹ (1588-1679)⁶¹² – ainda que com conclusões

⁶⁰² Divide-se em três campos: político, econômico e religioso.

⁶⁰³ “Quanto aos principais eventos que perfizeram este movimento histórico, podemos apontar a Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights*), que no contexto da Revolução Gloriosa determinou que o poder monárquico se submetesse ao Parlamento, estabelecendo a Monarquia parlamentarista constitucional e, com isso, decretando o fim do absolutismo monárquico na Inglaterra, ante a importância adquirida pelo Parlamento e a necessidade de se cumprir a referida Declaração”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

⁶⁰⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 142-147.

⁶⁰⁵ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

⁶⁰⁶ “A contribuição de Locke é importante no contexto pós-medieval, pois dessacraliza a ideia de poder, tornando-a um fato político sob o controle das ordens do mundo e dos fenômenos temporais e laicos. Embora se refira a leis da natureza com remissão de fundo divino, sua obra é um importante passo para a reflexão autônoma da política”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 5. ed. rev. atual. e modificada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 213.

⁶⁰⁷ “O Tratado sobre o governo civil de LOCKE é freqüentemente descrito como uma defesa da Revolução de 1688 e uma justificativa dos princípios dos Whigs que se tornaram dominantes na política inglesa durante o século seguinte. [...] mas se a publicação de seu Tratado foi inspirado pela Revolução, fica evidente que ele estruturou os fundamentos de suas convicções políticas antes de 1688”. LOCKE, John. **Segundo tratado de governo civil**. Editora Vozes. Sem cidade e ano de publicação. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf. Acesso em: 1 ago. 19. p. 4.

⁶⁰⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado de governo civil**. Editora Vozes. Sem cidade e ano de publicação. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa.

⁶⁰⁹ PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017. p. 127.

⁶¹⁰ Contratualismo é uma corrente existente dentro do jusnaturalismo, onde a sociedade política seria

dissonantes⁶¹³ –, defendeu os princípios liberais, a separação⁶¹⁴ entre Poderes executivo e legislativo e a soberania nacional exercida exclusivamente pelo povo⁶¹⁵ como única fonte de Poder⁶¹⁶. Assim, o rei governaria seus súditos por intermédio de um contrato social, que é rompido quando uma das partes infringe suas cláusulas, sendo que os direitos naturais, que compõe o contrato, antecederiam ao próprio Estado, não obstante o soberano deter certa discricionariedade, ou prerrogativa, de fazer o bem público, quando necessário, sem se subordinar às regras⁶¹⁷.⁶¹⁸

mantida por meio de um pacto, um acordo de vontades, expresso por intermédio de um hipotético contrato social.

⁶¹¹ “A teoria política de John Locke denuncia os principais traços jusnaturalistas do autor. É curioso analisar a obra de Locke, tomando-se por referência comparativa a de Thomas Hobbes. Se ambos mencionam as expressões estado de natureza e estado civil, elas não possuem o mesmo significado para os dois autores. Para Locke, o estado de natureza é regido pela lei da razão, e o estado civil instaura-se como forma de evitar o estado de guerra. Para Hobbes, o estado de natureza é o estado em que as liberdades confrontam-se, a ponto de gerar a absurda guerra de todos contra todos, pois ‘o homem é o lobo do homem’. O estado civil somente aparece para garantir que não há plena destruição de todos por todos”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado**: filosofia política e teoria da democracia. p. 225.

⁶¹² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 154.

⁶¹³ “Da mesma maneira como Hobbes menciona as expressões estado de natureza e estado civil (social), Locke o faz, porém, entendendo essas expressões de modo diferente. Para Locke, o estado de natureza é um estado real e historicamente constitutivo do passado da humanidade,⁵ e não é belicoso como o de Hobbes. O estado civil, o contrato social, surge como aperfeiçoamento do estado natural, e não como forma de se limitarem as liberdades infinitamente largas dos indivíduos. Todavia, ambos, tanto Locke quanto Hobbes possuem um ponto em comum, pois entendem que o estado de natureza não basta”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado**: filosofia política e teoria da democracia. p. 215.

⁶¹⁴ “[...] (Legislativo, Executivo e Judiciário), afastando-se das Monarquias absolutistas típicas do medievo, em que havia uma concentração de poderes nas mãos de um monarca”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 164.

⁶¹⁵ “Em linguagem técnico-constitucional, povo constitui um conceito operativo, designando o conjunto dos indivíduos a que se reconhece o direito de participar na formação da vontade estatal, elegendo ou sendo eleitos, ou seja, votando ou sendo votados com vistas a ocupar cargos político-eletivos. Povo, nesse sentido, é a entidade mítica à qual as decisões coletivas são imputadas. Note-se, porém, que as decisões coletivas não são tomadas por todo o povo, senão pelos representantes da maioria cuja vontade prevalece nas eleições”. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 6.

⁶¹⁶ “[...] sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir visando certos fins, ainda permanece nas mãos do povo o poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando julgar que age de forma contrária à confiança nele depositada. Pois, uma vez que o poder concedido em confiança para a consecução de um fim, limitado nesse próprio fim, for manifestamente negligenciado ou contrariado, a confiança deve necessariamente ser retirada e o poder devolvido às mãos daqueles que os concederam”. MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 150/1.

⁶¹⁷ Nesse sentido, Dallari explica que na visão de Locke, “[...] quando os poderes executivo e legislativo estiverem em mãos diversas, como entendia devesse ocorrer nas monarquias moderadas, o bem da sociedade exige que várias questões fiquem entregues à discricionariedade que dispõe do poder executivo. Resta, assim, uma esfera de poder discricionário, que ele chama de prerrogativa, conceituando-a como poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 147.

A doutrina liberalista foi inspiração⁶¹⁹ para Montesquieu, Stuart Mill, Voltaire e Rousseau, que redundou, mais tarde, na Revolução Francesa, em 1789 – marco histórico definidor do encerramento da idade moderna e início da idade contemporânea.⁶²⁰ Foi referência⁶²¹, igualmente, para a Revolução estadunidense, e os princípios liberais passaram a dispor também na declaração de Virgínia, em 1776, na Declaração Conjunta de Independência dos Estados, em 4 de julho de 1776, e na Constituição, de 1787.⁶²²

Não obstante a Revolução norte-americana ter ocorrido antes, pautada sob os mesmos ideais, e nesses documentos estarem registrados pela primeira vez de modo universalizado os direitos de primeira geração, foi a Revolução Francesa que ganhou maior notoriedade e trouxe ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶²³.

A França vivia naquela época, ao lado da dinastia dos Bourbons que mantinha a divisão de classe nos três estados (clero, nobreza e povo), cada qual com seu sistema tributário, sendo que o proletariado sustentava a elite⁶²⁴, um turbilhão de ideias liberais e democráticas. Depois que a monarquia absolutista deixou de convocar a assembleia dos três estados, tolhendo das classes inferiores o direito de participação na política desde 1614, a partir de 1750 se intensificou a luta pelo princípio democrático⁶²⁵; em 1786, prevendo a iminente reação popular, o rei

⁶¹⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 154.

⁶¹⁹ “A propósito, os iluministas franceses se embasaram nessas teses para formar os ideais da Revolução Francesa e da Declaração da Independência Americana, em seguida”. PÍTICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 128.

⁶²⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 142-147.

⁶²¹ “Trata-se, com clareza, de noções inspiradas em escritos iluministas, em especial aqueles de John Locke, o qual enfatizava a importância do consentimento para formação do governo justo”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

⁶²² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 142-147.

⁶²³ “[...] o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de ROUSSEAU”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 146.

⁶²⁴ “A nobreza e o alto clero, somando menos de dez por cento da população francesa, desfrutavam de todos os privilégios e eram sustentáculos ativos da legitimidade *aristocrático-monárquico*, enquanto o povo se arrastava na escravidão e na miséria, ao lado do fabuloso esplendor das Cortes”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 157.

⁶²⁵ “Além de se oporem aos governos absolutos, os líderes franceses enfrentavam o problema de

convocou a assembleia dos notáveis para uma reforma fiscal, sem o efeito social esperado. Em 17 de junho de 1789, a assembleia do terceiro estado decidiu se chamar assembleia nacional, e em 14 de julho o povo se apoderou da Bastilha, símbolo maior do absolutismo. Em seguida, a assembleia nacional assumiu o Poder constituinte, passando a editar a sua própria carta magna.⁶²⁶

Foi com a revolução liberalista que a França nivelou os três estados, suprimindo privilégios e proclamando princípios de soberania nacional calcada no povo, afastados da tirania⁶²⁷. A nação passou a ser soberana⁶²⁸, e a soberania “una, indivisível, inalienável e imprescritível”; o Estado visto como um ente artificial, resultante do pacto social e com a finalidade de servir ao povo. O governo só seria legítimo com o consentimento popular, e o pacto social rompido com a violação de suas cláusulas, sendo vedada a intervenção nas relações privadas, devendo seguir a constituição e ter os Poderes divididos em três. A assembleia nacional seria formada pela vontade da maioria, a qual seria traduzida em lei⁶²⁹ como expressão da vontade geral, e perante ela estariam todos os indivíduos em igualdade. O homem seria livre, e a liberdade individual limitada apenas pelo direito de outrem, conquanto que não resulte em crime.⁶³⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶³¹ foi promulgada

uma grande instabilidade interna, devendo pensar na unidade dos franceses. Foi isto que favoreceu o aparecimento da ideia de *nação*”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 148.

⁶²⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 155-158.

⁶²⁷ “A divisão clássica em nobreza, clero e burguesia foi substituída pela nação uniforme. O governante ‘sagrado’ pela ‘graça de Deus’ foi substituído pela soberania do povo. As antigas ‘*leges fundamentales*’ transformaram-se numa ‘constituição’. A constituição é agora o documento sagrado e mais autorizado da nação ao qual tanto o Rei como os representantes do povo estavam vinculados”. STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 25.

⁶²⁸ “O desenvolvimento da ideia republicana se deu através das lutas contra a monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 225.

⁶²⁹ “*La ley, como se ha señalado, responde a la interacción política de mayorías y minorías en la conformación jurídica de la ordenación social, siendo así fruto de una libre y pública deliberación de las posiciones políticas de éstas ante la Comunidad*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 108.

⁶³⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 158.

⁶³¹ Em complemento às liberdades individuais, mas no âmbito provado: “[...] e no Código Civil napoleônico de 1804, que norteou os aspectos centrais do direito civil moderno; ambos

pela assembleia nacional, expondo, desde logo, em seu preâmbulo, que era o “povo francês”, que compunha essencialmente o terceiro estado durante o antigo regime, quem o fazia, apontando expressamente que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”.⁶³²

Em uma breve sequência histórica, a França experimentou sucessivas contrarrevoluções que impediram a afirmação de uma ordem republicana, modificando diversas vezes suas ideias que serviram como fomento doutrinário: “1789, liberdade; 1800, grandeza; 1815, paz e a ordem. Nesse período, entre 1791 e 1814, a França teve dez Constituições”.⁶³³

A França foi governada por um triunvirato de cônsules, sendo um deles Napoleão Bonaparte, que em seguida, com o apoio do senado, foi proclamado imperador, “com apenas a diferença de que o *Rei Sol* proclamava que sua majestade vinha de Deus, enquanto Napoleão se dizia investido da realeza pelo povo”, forçando o aspecto constitucional do seu reinado mesmo não se sujeitando a nenhuma limitação de Poder – passando a liderar as guerras napoleônicas. Napoleão foi derrotado em combate e destituído, ocasião em que os Bourbons foram alçados novamente ao Poder; houve nova revolução popular, instituição da república, reedição do segundo império e das aventuras de guerra de Napoleão, perdurando a instabilidade até o ano de 1870, quando o povo se empenhava pela luta de uma nova liberdade, mas agora contra a escravização gerada pelo próprio liberalismo.⁶³⁴

Nesse contexto, foi a constituição de 4 de junho de 1814 que registrou os direitos do homem com maior clareza e objetividade, separando-os em direitos políticos, representando a cidadania; direitos públicos, consistentes nos direitos civis

responsáveis pela racionalização jurídica das relações sociais típicas da modernidade: relações de troca, relações de propriedade, transmissão de bens, relações de trabalho e o conceito de cidadão e civilidade, com seus respectivos conteúdos jurídicos”. GAMBÁ, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 59.

⁶³² GAMBÁ, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

⁶³³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 160.

⁶³⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 160.

positivos; e nos direitos de liberdade, sedimentados nos direitos civis negativos. “Esses últimos são exatamente os direitos fundamentais do homem, que justificam a sua livre atividade no mundo exterior”, limitados, somente, pelos preceitos constitucionais e legais.⁶³⁵

Do Estado, assim, “a sociedade exige muito pouco – no plano externo, que organize um exército que a defenda do inimigo; no plano interno⁶³⁶, por meio da polícia e do judiciário, que garanta a boa convivência e a aplicação das leis⁶³⁷” A atividade estatal possuía, dessa forma, cunho “negativo”⁶³⁸.

Foram esses movimentos que trouxeram ao mundo o viés democrático como ideal supremo, “chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos”⁶³⁹.⁶⁴⁰

Consolidou-se, assim, a partir do liberalismo e das revoluções liberais, o Estado moderno constitucional liberal, calcado no lema do liberalismo econômico *laissez-faire*⁶⁴¹, “baseado em uma concepção individualista”, sem registrar em suas

⁶³⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 159.

⁶³⁶ “A construção do Estado Administrativo constituiu o maior instrumento e o maior testemunho dessa nova racionalidade política. Ele era o grande resultado da Economia Política. Apesar de ser recorrente, e mesmo verdadeiro, falar-se em um Estado Mínimo nos primeiros passos do Estado Moderno, era ali que se gerava e se constituía de modo mais acentuado e organizado uma das maiores obras do Esclarecimento: a Burocracia Moderna”. CHAVES, Pablo Holmes. **Teoremas de transição do Estado Social**: Ciência política e controle social no estado regulador. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8134/teoremas-de-transicao-do-estado-social/3>. Acesso em: out. 19.

⁶³⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 100/1.

⁶³⁸ STRECK, Lenio. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61.

⁶³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 149.

⁶⁴⁰ “Dentro das ditaduras de partido, as eleições e plebiscitos têm como único propósito dissimular o fato da ditadura. Mesmo os ‘soviéticos’ (conselho de camponeses e soldados) bolchevistas e as ‘corporações’ (autorizadas a representar vários grupos de trabalhadores e empregadores) fascistas – organizações que têm como objetivo uma espécie de representação funcional – possuem uma importância antes ideológica que política”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 432.

⁶⁴¹ “De grande influência também, especialmente no campo das ideias econômicas, foi o pensamento de Adam Smith que, no seu famoso livro *A riqueza das nações*, publicado em 1776, desenvolveu a ideia da “mão invisível” do mercado. Para Smith, o Estado não deveria intervir na economia, pois o mercado seria capaz de se autorregular. Disso resultou a chamada doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer* (“deixar fazer, deixar passar”) em que a função do Estado seria somente a de proteger a

constituições os “direitos sociais ou os deveres do indivíduo para com a sociedade”⁶⁴², mas tão somente “convertendo os súditos em cidadãos livres”⁶⁴³. Suas características elementares eram a submissão ao império da lei, a divisão de Poderes e a consolidação dos direitos individuais.⁶⁴⁴

A evolução do Estado moderno coincide com a ampliação da gama dos direitos políticos, inicialmente – e por muito tempo depois – restringidos⁶⁴⁵ pelo voto censitário⁶⁴⁶. Foram a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos que pautaram a transformação do Estado no decorrer do século XIX e primeira metade do Século XX.⁶⁴⁷

A igualdade⁶⁴⁸ preceituada pelo Estado liberal era vista como garantia da liberdade e consistia na defesa do cidadão perante a autoridade pública estatal, pouco se importando com as diferenças sociais e diferentes necessidades individuais, mesmo diante de evidentes distorções⁶⁴⁹, que acarretavam tratamentos

propriedade e garantir a segurança dos indivíduos, permitindo que as relações sociais e econômicas se desenvolvessem livremente, sem qualquer interferência estatal. Essas ideias serviram como uma luva para proteger os interesses da burguesia que estava na iminência de alcançar o poder político e foram responsáveis por uma profunda transformação acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 42.

⁶⁴² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 100/1.

⁶⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 115.

⁶⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 114/5.

⁶⁴⁵ “Bem verdade, todas estas ideias demoraram séculos para sua concretização no plano fático, inobstante sua previsão em diplomas jurídicos no final dos setecentos. Assim, temos que a escravidão demorou ao menos um século para ser abolida na maior parte do globo – no final dos oitocentos – e a universalização do voto e dos direitos políticos, por exemplo, tardou muito mais, sendo o sufrágio universal alcançado apenas no século XX”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 162.

⁶⁴⁶ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 32.

⁶⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 149.

⁶⁴⁸ Sobre a “igualdade” no Estado liberal: “A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 pelo parlamento francês, começa seu texto proclamando que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Apesar disso, na mesma época, ficou decidido que o direito de voto seria restrito aos homens que tinham posses (voto censitário). O sufrágio universal sequer foi mencionado. Com isso, grande parcela da população ficava à margem do jogo político, inclusive as mulheres. Os “homens e cidadãos”, mencionados no texto, eram mesmo pessoas do sexo masculino e não uma figura de linguagem. Tudo isso sem falar na escravidão, que era praticada e aceita até mesmo por notáveis filósofos liberais, como o inglês John Locke e o norte-americano Thomas Jefferson”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 44.

⁶⁴⁹ A Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, a quarta em nível mundial, foi muito mais revolucionária do que a francesa. “A Constituição de Cádiz nasceu, assim, do desejo do povo

reflexos dissonantes.⁶⁵⁰

Nele, a lei⁶⁵¹ se sobrepunha às demais normatizações jurídicas⁶⁵², e a constituição servia apenas para impedir o retrocesso de retorno ao antigo regime⁶⁵³, pois, apesar de certo grau de intangibilidade, poderia ser considerada flexível para a consecução dos objetivos da nova roupagem de Poder moldado pela burguesia⁶⁵⁴. “O que dava unidade à lei não era a Constituição, mas sim o poder político e social da classe soberana no Parlamento”.⁶⁵⁵ Por isso, com relação à divisão das funções do Estado liberal, o Poder Legislativo ganhou especial notoriedade, sobrepondo-se

espanhol de manter sua soberania. De não submeter-se, nunca mais, à direção de nenhuma outra autoridade, nem monárquica, nem republicana. [...] Outro direito individual expresso na Constituição de Cádiz é o direito à igualdade. Diferentemente da França, que depois de incluir a igualdade no lema de sua revolução liberal omitiu totalmente a igualdade de direitos em suas Constituições, os constituintes de Cádiz afirmaram expressamente o direito à igualdade, tanto como proibição de privilégios como garantia de igualdade contributiva”. BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812**. p. 91.

⁶⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.pdf>. Acesso em: 7 ago. 19. p. 6.

⁶⁵¹ “*Prima facie, la ley continúa siendo manifestación jurídica y política de la voluntad democrática y plural a través de las Cortes Generales*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 83.

⁶⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003. p. 30.

⁶⁵³ “Mas, tudo isso leva às questões da sistematicidade e da plenitude do direito. A lei se sobrepunha a todas às normas jurídicas. As Constituições, é certo, eram dotadas de um marco de intangibilidade, mas só para evitar a restauração do poder do Regime Antigo, pois podiam ser modificadas para beneficiar a burguesia e, nessa perspectiva, podiam ser ditas Constituições flexíveis. A Constituição, como norma maior, valia apenas evitar o retrocesso, ou melhor, para eliminar qualquer resquício do antigo regime, mas não constituía empecilho à realização dos projetos dos novos detentores do poder”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.7.

⁶⁵⁴ “Essa ideia é um reflexo claro da influência da burguesia vitoriosa, que acabara de assumir o poder político. O recado dado pela burguesia para o governante, expresso nessas declarações, era bastante direto: proteja minha propriedade (direito “sagrado e inviolável”, de acordo com a declaração francesa), cumpra a lei que meus representantes aprovarem (princípio da legalidade) e não se meta em meus negócios, nem em minha vida particular, especialmente na escolha de minha religião. Eis a explicação para a consagração de inúmeros direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa etc. Além dos direitos de liberdade, também foram reconhecidos, nessa primeira fase do constitucionalismo moderno, os chamados direitos políticos, cuja principal finalidade era e ainda é a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, do direito de filiação partidária, entre outros. Os direitos civis e políticos, resultantes das declarações liberais, são conhecidos como direitos de primeira geração”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 43.

⁶⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.7.

aos Poderes Executivo e Judiciário^{656, 657}

As constituições liberais estavam sedimentadas em uma dupla estrutura, de modo expreso ou tácito: “os direitos naturais declaram-se, porque são anteriores ao Estado; o poder constitui-se, porque a sua função é a de garantir direitos naturais”. Decorrente disso também está a máxima fundamental liberal de que o que não está proibido por lei, está permitido.⁶⁵⁸

Ao Poder Judiciário foi conferida uma real submissão perante o Poder Legislativo⁶⁵⁹, sendo inaugurada essa nova era do Estado, adotante da teoria da separação entre os Poderes, com o chamado terceiro Poder atuando de maneira claudicante. O princípio da legalidade⁶⁶⁰ foi elevado a um patamar superior de intocabilidade, vendando inclusive que o magistrado pudesse fazer qualquer espécie de interpretação sobre o texto normativo frio da lei, que emergia praticamente como

⁶⁵⁶ “[...] só pode haver um único poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais estão e devem estar subordinados [...]”. MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 150.

⁶⁵⁷ “*El Estado de Derecho moderno nase, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de indentificación del Derecho valido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio ya a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridade dotada de competencia normativa*”. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 16.

⁶⁵⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 62.

⁶⁵⁹ Como um Poder nulo, o Judiciário devia submissão não apenas ao Legislativo, mas também ao Executivo, especialmente nos Estados enraizados com uma monarquia forte. Por exemplo, o governo espanhol interpretava a lei, e não o Judiciário, em conformidade à constituição de 1837: “*E, 18 de junio se había publicado la Constitución de 1837 y ya vimos que el Reglamento provisional encomendaba al Gobierno el resolver las ‘dudas de ley’ que se planteasen las Audiencias o el Tribunal Supremo*”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 67.

⁶⁶⁰ “Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente. A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. [...] só é Direito o direito positivo [...] que serve também a interesses ditatoriais. [...] todo Estado acaba sendo de Direito, ainda que seja ditatorial”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 116/7.

fonte única do direito. Como desejava Montesquieu, o Judiciário se tornou um poder nulo.⁶⁶¹

O radicalismo “democrático” com que os revolucionários encararam a separação dos Poderes oportunizou, assim, o predomínio do parlamento, enquanto representantes do povo, e a supremacia da lei, enquanto manifestação da vontade geral, em detrimento dos demais Poderes. A lei se converteu no instrumento por meio do qual impera o único Poder legítimo em uma sociedade de homens livres, quando a vontade geral atua por meio de determinações gerais, impessoais e abstratas, o que acarretou naquele período um Poder Judiciário débil e uma visão domesticada da divisão de Poderes com relação a este, consolidando-se no país uma concepção dualista de Poder tradicionalmente reduzida em Executivo e Legislativo.⁶⁶²

E dessa forma se observou na França, por exemplo, com reflexos nos demais Estados, notadamente nos adeptos da *civil law*, uma espécie de avanço à divisão de Poderes com um concomitante retrocesso em razão da restrição do Judiciário em relação aos demais. Longe de fundamentar uma autêntica divisão de controle entre Poderes, a divisão foi utilizada como mecanismo para assegurar a supremacia da lei e da assembleia nacional no arquétipo de Poderes emergido a partir da Revolução Francesa, reduzindo o Judiciário ao patamar de função em uma mera distinção material de atribuições e autoridades, alijando-o da esfera política do Estado. Enquanto no antigo regime despótico a função judiciária pertencia à pessoa do rei, detentor do Poder, com o constitucionalismo francês o Poder Judiciário passou a “pertencer” aos novos detentores do Poder democrático. Em ambas o Judiciário não possuía independência.⁶⁶³

⁶⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 3-10.

⁶⁶² SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 39, em nota de rodapé, citando E. GARCÍA DE ENTERRÍA 1994 e T. RENOUX, 1994.

⁶⁶³ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 40.

Como um todo, são inegáveis dos benefícios⁶⁶⁴ trazidos e o legado deixado pelo Estado liberal⁶⁶⁵, que foi o responsável pelo rompimento da concepção absolutista de governo e dominação até então existente, “desenvolvendo-se *técnicas de poder* [...], impondo-se a ideia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*” e valorização do indivíduo. Trouxe também naquele período grande prosperidade econômica, viabilizando o sistema capitalista⁶⁶⁶ e propiciando condições para o surgimento da revolução industrial. Como consequência, porém, o “*ultraindividualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta”, assegurou a prosperidade para os economicamente fortes sem se atentar à formação do proletariado abandonado em grandes bolsões urbanos de miséria.⁶⁶⁷ Essa preocupação individualista [...] levaria o estado liberal à decadência”.⁶⁶⁸

Importante destacar⁶⁶⁹ nesse plano evolutivo que o Estado liberal apresentou inúmeros erros doutrinários e diversas inconsistências principiológicas em sua teoria que, conforme apontado anteriormente, permitiram o aparecimento de

⁶⁶⁴ “Diga-se que o Estado Liberal, interferindo minimamente na vida social, nos seus primórdios, trouxe benefícios inegáveis no seu desenvolvimento. Houve progresso econômico acentuado, propiciando as condições necessárias para a eclosão da Revolução Industrial. No mais, o indivíduo, como cidadão, restou valorizado com sistema de garantias, e o poder político converteu-se em poder legal”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 101.

⁶⁶⁵ “Diretamente: a abolição da escravidão, a humanização do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa. Indiretamente: a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de auto-regência do Direito, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara por os defender em proveito próprio (assim, a partir da liberdade de associação a conquista da liberdade sindical e a partir do princípio da soberania nacional a do sufrágio universal). Mais ainda: independentemente das fundamentações (discutíveis ou não) dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX, foram as Constituições que deles saíram e os regimes que depois se objetivaram que, pela primeira vez na história, introduziram a liberdade política, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à liberdade civil”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 44.

⁶⁶⁶ “O par capitalismo/socialismo diz respeito à dicotomia público/privado em relação à propriedade dos bens de produção. [...] Do ponto de vista sociológico, capitalismo e socialismo não são modos de produção, mas modos de desenvolvimento social, distinguindo-se o modo de produção do de desenvolvimento pela separação das relações de trabalho da ação política. Do ponto de vista político, o socialismo é um subsistema econômico em relação a uma sociedade autoritária, assim como o capitalismo o é em relação a uma sociedade democrática”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.45.

⁶⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 272/3.

⁶⁶⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 159.

⁶⁶⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 165/6.

diferentes aspectos para o Estado moderno. Em contraposição⁶⁷⁰ aos equívocos cometidos, o Estado liberal se deparou com um dilema entre se reformar ou perecer. Nos Estados fortes, a transição do liberalismo para um modelo social-democrático aconteceu suavemente, cumprindo etapas progressivas por meio das reformas constitucionais e legislativas, emergindo aos poucos uma postura intervencionista na ordem econômica, mediadora de conflitos entre capital, trabalho e consumo – gerando o “Estado constitucional social”.

Onde o Estado “permaneceu fraco e inerte, ocorreu a transformação violenta, surgindo o Estado revolucionário”, abrindo espaço para, por exemplo, o comunismo, o fascismo e o nazismo, como soluções extremistas de reestruturação básica do Estado, os quais simplesmente repetiram os erros elementares do liberalismo com a única diferença de transpor eles da esfera do indivíduo para a coletividade – ou da esfera privada para a estatal, no caso soviético.⁶⁷¹

3.3 ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL⁶⁷² – EXECUTIVO⁶⁷³

O Estado liberal foi concebido em uma época de libertação do absolutismo monárquico, e sua ideologia era o humanismo, a igualdade, o respeito aos direitos individuais, a participação do povo na política e a mínima intervenção

⁶⁷⁰ “Num primeiro momento, os grandes conflitos políticos e sociais opõem liberais e conservadores (ou legitimistas em alguns países, após a queda da monarquia absoluta). Num segundo momento, opõem liberais e radicais (democratas, republicanos, socialistas, anarquistas)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 44.

⁶⁷¹ “Um Estado pode mudar de duas maneiras: ou porque a constituição se corrige ou porque ela se corrompe. Se ele tiver conservado seus princípios e a constituição mudar, é que ela se corrige; se tiver perdido seus princípios quando a constituição mudou, é que ela se corrompe”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 184.

⁶⁷² “O compromisso com a função social é a nota diferencial entre o estado Moderno e o Contemporâneo, ensejando a integração do Estado com a sociedade civil. Altera-se com isso a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 106.

⁶⁷³ Há doutrina qualificando o Estado moderno constitucional como Estado contemporâneo (Pasold, por exemplo). Na presente tese não será abordada eventual quebra do paradigma para o surgimento do Estado contemporâneo, embora se reconheça que as estruturas atuais são dissonantes das anteriores.

estatal na atividade privada, pautados todos pela primeira dimensão do direito⁶⁷⁴. Eram direitos clamados pela população como se fossem primeiras necessidades, diante do contexto histórico vivenciado de repressão política.

A teoria liberal estava muito longe de corresponder a seus objetivos na prática⁶⁷⁵, pois, “assim como na República de Platão, que fora arquitetada no mundo das ideias, os Estado liberal seria realizável [...] numa coletividade de deuses, nunca numa coletividade de homens”.⁶⁷⁶

Apesar de se consistirem em direitos elementares ao homem e de suma importância para a sociedade, os direitos de primeira geração solidificados nos ideais libertários não surtiram, naquele momento e por si só, o efeito esperado. A liberdade negativa perante o Estado originou outra espécie de restrição semelhante. Substituiu-se a causa, porém, a consequência foi a mesma: a submissão das classes inferiores perante as superiores, em novas roupagens – se antes eram subjugadas pelo rei, agora eram escravizadas pelo poderio econômico burguês. Por isso, o “liberalismo clássico que teorizava a primeira formulação do Estado de Direito não deu conta de resolver o problema econômico das camadas sociais mais baixas e das extremas contradições sociais que acabou gerando⁶⁷⁷”. Dessa forma, “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças⁶⁷⁸”.

Desincumbindo-se o Estado liberal dos direitos sociais, alocados na

⁶⁷⁴ “A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 6.

⁶⁷⁵ “A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico –, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das suas desigualdades concretas”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 18.

⁶⁷⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 160.

⁶⁷⁷ GAMBÁ, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 165.

⁶⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 117.

segunda geração dos direitos e ainda não emergida, viu ele uma crescente onda de miséria eclodir no seio social, aumentando ainda mais as desigualdades sociais, talvez porque à época ainda não se conhecia a revolução industrial, iniciada mais de um século antes Inglaterra, nem muito menos os efeitos que as máquinas causariam na população.

“A revolução industrial apresentara ao mundo um novo tipo de homem até então desconhecido: o operário de fábrica”. A utilização das máquinas ocasionou⁶⁷⁹ desemprego em uma escala jamais vista, e o trabalho humano era negociado com base na lei da oferta e da procura: o operário desempregado se submetia a ganhar quantias ínfimas e a trabalhar mais horas; a mulher, até então responsável pelos cuidados do lar, passou a ter que procurar emprego para complementar a renda familiar, assim como crianças deixaram de frequentar escolas para trabalhar, ocasionado, com isso, “inconscientemente, a desintegração da família”.⁶⁸⁰

Paralelamente a isso, a força do capitalismo ocasionava um grande contraste entre a classe assalariada e os detentores do poderio econômico⁶⁸¹, incrementando ainda mais o desequilíbrio entre eles ao passo que o Estado liberal, pautado por sua ideologia, “a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a policiar a *ordem* pública, [...] deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia”.⁶⁸²

Em outro norte, a burguesia conservadora despontava para a política como força revolucionária e conservadora, impedindo o Estado de interferir nas relações para conter as injustiças sociais, estimulando, diante dessa omissão

⁶⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 273.

⁶⁸⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 162.

⁶⁸¹ “O século XIX foi palco da chamada Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção que proporcionaram um crescimento econômico nunca antes visto. É esse período que os franceses chamaram de *Belle Époque*, simbolizando o espírito de prosperidade vivido pela sociedade. No entanto, essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. Não havia limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 46.

⁶⁸² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 162.

estatal, já no século XIX, os movimentos socialistas que nas primeiras décadas do século XX já não podiam mais ser contidos.⁶⁸³

Essa atitude típica de um Estado-polícia – *L'État Gendarme* –, preocupado somente com a ordem jurídica e desprezando os problemas sociais, acarretou o desequilíbrio⁶⁸⁴ entre as classes e violência entre a massa proletariada.⁶⁸⁵

A situação caótica enfrentada pela população chegou a tal ponto que a Igreja Católica Romana publicou, em 1891, uma encíclica⁶⁸⁶, assinada pelo papa Leão XIII, contendo um apelo religioso para que o Estado efetivasse mudanças sociais especialmente em favor do proletariado, “entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada”.

A Igreja Católica, ao mesmo tempo que criticou o comunismo e formalizou o dever de resguardo da propriedade privada como direito fundamental, assentou que deveria existir não uma luta, mas sim uma concórdia entre as classes sociais, pois seria justamente na diferença entre características humanas que todos os indivíduos encontrariam seu lugar em sociedade, ainda que alguns estivessem em posição econômica superior em relação a outros, citando como exemplo Jesus Cristo, que teve uma vida humilde e reconhecia os mais necessitados como bem-aventurados.

⁶⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 273.

⁶⁸⁴ “Em razão disso, o Estado já não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que se organizavam em grupos fortemente politizados, começavam as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho. Em 1848, Karl Marx escreveu seu célebre Manifesto comunista, conclamando os trabalhadores do mundo todo a se unirem para a tomada do poder e, conseqüentemente, construir uma ditadura do proletariado. A própria Igreja Católica que, até então, vinha se mantendo ‘neutra em relação aos conflitos entre trabalhadores e empregadores, publicou, em 15 de maio de 1891, a famosa encíclica *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII, onde criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava abertamente o reconhecimento de vários direitos trabalhistas, embora refutasse de forma enfática as ideias de Karl Marx”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 47.

⁶⁸⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 339.

⁶⁸⁶ PAPA LEÃO XIII. **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**. Santa Sé: 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 8 ago. 19.

Conforme destacado na encíclica, nesse panorama de desigualdade e subordinação nas relações empregatícias, o que mais importava era o respeito entre empregado e empregador, para que ambos cumprissem as obrigações a que se comprometeram, pois qualquer trabalho dignifica o homem. “O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços”.

Assim, para a Igreja Católica uma das obrigações do empregador seria a justa remuneração do empregado, sem explorar a pobreza e a miséria, e, para tanto, haveria a necessidade da intervenção estatal para regulamentar a atividade dos operários que se encontravam abandonados e tiveram afrouxados os laços entre as famílias e foram corrompidos pela promiscuidade diante do trabalho excessivo e baixa remuneração. Esses direitos devem ser respeitados e assegurados pelo Estado, notadamente aos fracos e indigentes, pois a classe mais abastada “faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a proteção do Estado”.

A encíclica da Igreja, apesar de desprovida de finalidade política, serviu de referência e inspiração aos cristãos e um despertar para a função social do Estado.⁶⁸⁷

Todo esse contexto acarretava na sociedade profundas crises sociais, econômicas e políticas, embaladas pelas multidões oprimidas, “máxime quando insufladas pelo manifesto comunista⁶⁸⁸”, que começavam a reagir violentamente contra as injustiças sociais, agora sob a “bandeira do socialismo materialista, levando o Estado liberal ao dilema de reformar-se ou perecer⁶⁹⁰, empurrando o Estado liberal a tomar providências e instituir “juridicamente mecanismos voltados à

⁶⁸⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 164.

⁶⁸⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 339.

⁶⁸⁹ MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Fonte digital, 1848. e-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>. Acesso em: 7 ago. 19.

⁶⁹⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 163.

resolução de contradições econômicas geradas pelo modelo liberal que continuará operante, porém mitigado de certa forma”.⁶⁹¹

Assim, especialmente a partir do término da I Guerra Mundial, o Estado liberal modificou parcialmente a sua ideologia para assegurar⁶⁹², ao lado dos direitos de primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão, de cunho eminentemente social, buscando amenizar as desigualdades que impactavam a vida em sociedade e promover o chamado bem-estar social, abandonando a sua atuação estrita no campo político-jurídico, passando a disciplinar também a ordem socioeconômica e os direitos da sociedade⁶⁹³. Nesse cenário “despontou um modelo de Estado constitucional em que o fundamento social foi sua marca caracterizadora⁶⁹⁴”.

Foi assim que emergiu⁶⁹⁵ o primeiro tipo de Estado derivado do liberal, consistente no Estado moderno constitucional social, passando, em verdade, a coexistirem, sem solução de continuidade, e que, conceitualmente, “em resumo, pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”⁶⁹⁶, “transcorrendo a passagem do Estado de Direito – fundado na ideia de limitação ao poder – para o Estado Social,

⁶⁹¹ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 165.

⁶⁹² “Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do primeiro para nele incluir os direitos sociais, revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado”. OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional** [recurso eletrônico]. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2162/1763>. Acesso em: 10 out. 19. p. 545.

⁶⁹³ “A neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição - ou, enfim, do próprio Estado legislativo - rapidamente fez perceber que a igualdade social constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, ou melhor, para o desenvolvimento da sociedade. Concluiu-se, em síntese, que a liberdade somente poderia ser usufruída por aquele que tivesse o mínimo de condições materiais para ter uma vida digna. Surge, então, o Estado preocupado com as questões sociais que impediam a ‘justa’ inserção do cidadão na comunidade”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 18/9.

⁶⁹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 107.

⁶⁹⁵ É nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social (*Welfare State*), um novo modelo político, no qual o Estado, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre-iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir as condições básicas para uma vida digna. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 47.

⁶⁹⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 49.

caracterizado pela participação⁶⁹⁷. Nessa senda, o qualitativo social corrige a falha do individualismo liberal inserindo os “chamados direitos sociais e a realização de objetivos de justiça social⁶⁹⁸”.

Está em situação de evolução, e não de substituição em relação ao Estado liberal, tentando contabilizar os dois sistemas: “o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*⁶⁹⁹”.

O Estado social pode ser conceituado, portanto, dentro das derivações evolutivas do Estado moderno constitucional, juntamente com o Estado democrático que veio logo a seguir, mas não faz parte dos Estados formados a partir de movimentos revolucionários abruptos, como o Estado comunista, o Estado fascista ou o Estado nazista.⁷⁰⁰

O Estado moderno constitucional social, do ponto de vista normativo⁷⁰¹, teve início a partir de 1917, com a constituição⁷⁰² do México, sedimentando-se⁷⁰³ em

⁶⁹⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 109.

⁶⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 117.

⁶⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 117.

⁷⁰⁰ “Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram ‘Estado sociais’, o que evidencia, conclui, ‘que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos’”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 118.

⁷⁰¹ “Destaca-se, neste contexto, a Constituição mexicana de 1917 que representa importante marco teórico na preocupação socializante inserida no texto constitucional, demarcando a transição do Estado liberal para o Estado social – conforme já analisada nesta obra –, muito embora não tenha sido aplicada. Neste sentido, a Constituição alemã de 1919 da chamada República de Weimar foi a que, em termos práticos, teve este efeito ao atribuir ao Estado o papel de garantidor dos direitos sociais, rompendo com a tradição liberal-burguesa”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 280.

⁷⁰² “As Constituições donde arranca esta linha diretriz são a mexicana de 1917 e, sobretudo, a alemã de 1919 (dita Constituição de Weimar) e que, entre as Constituições vigentes que a seguem, se contam a italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 49.

⁷⁰³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 110.

1919, com a constituição alemã de Weimar⁷⁰⁴, “que foi a primeira de conteúdo socializante com efeitos práticos, atribuindo ao Estado o papel de garantidor de direitos sociais, rompendo com a tradição liberal-burguesa⁷⁰⁵”. Essa constituição incorporou, assim, à sua ordem jurídica, direitos de uma nova dimensão, proclamando a Alemanha como um Estado social.

É também conhecido como Estado intervencionista, Estado providência, Estado de bem-estar ou *welfare state*; é eclético, flexível e permanece em constante evolução para acompanhar o dinamismo das transformações ocorridas na humanidade⁷⁰⁶. “A ação intervencionista do Estado se exerce amplamente até onde houver interesse da sociedade, tendo por limites os direitos naturais imprescindíveis da pessoa humana”, encarando o homem sob o duplo aspecto: como titular de direitos individuais ao mesmo tempo que atua como unidade respeitando obrigações e deveres perante a sociedade.⁷⁰⁷

Com essa nova modelagem⁷⁰⁸, “deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, em *Estado Social de Direito*, comprometido a realizar a justiça social”.⁷⁰⁹ Acolheu⁷¹⁰ cooperativas e

⁷⁰⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 34 e 57.

⁷⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

⁷⁰⁶ “São seis as linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais: – As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal; – O acesso (ou a luta pelo acesso) das mulheres à igualdade – igualdade de direitos na família, no trabalho, na participação política; – O aparecimento e, depois, o quase completo desaparecimento de regimes totalitários de diversas inspirações; – A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados – por Estados quase todos moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas político-constitucionais bem diferentes; – A institucionalização da comunidade internacional, através de organizações a nível mundial ou só continental ou regional; – A proteção internacional dos direitos do homem”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 46.

⁷⁰⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 341.

⁷⁰⁸ O Estado social se desenvolveu no século passado por meio de uma progressiva expansão da mediação burocrática e do crescimento de seus espaços de discricionariedade e acumulação inorgânica de leis especiais, medidas setoriais, práticas administrativas e intervenções específicas responsáveis tanto pela ineficácia das prestações públicas quanto por suas degenerações ilegais. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 23

⁷⁰⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977. p. 13.

⁷¹⁰ “Na Idade Média o Estado monárquico e feudal apresentava uma organização econômica de natureza tipicamente corporativa, notadamente a partir do século XII, vigorando tal sistema até ao

sindicatos patronais e de trabalhadores, associações classistas e entidades de previdência. Criou o ministério e a justiça do trabalho⁷¹¹. Revisou leis trabalhistas, fixando valores salariais mínimos e regulamentando o direito de greve; a legislação penal foi ampliada para contemplar crimes contra a economia popular. As relações econômicas liberais sobrevieram ao domínio do direito público e o Estado passou a intervir no setor, inclusive estatizando indústrias e serviços de interesse nacional, mitigando pontualmente o direito de propriedade em favor da coletividade.⁷¹² “O Estado, claramente separado da sociedade no século XIX, torna-se agora um ‘Estado de intervenções’⁷¹³”.⁷¹⁴

Ocorreu, também, a inversão da proeminência de Poder, passando o Executivo⁷¹⁵ a se sobrepor ao Legislativo diante das necessidades sociais e

advento do Estado liberal, nos fins do século XVIII. As famosas corporações de artes e ofícios eram instituições autônomas, autocéfalas, de fundo paraestatal, que se faziam representar perante o governo. Foi através dessas corporações que o Terceiro Estado se fez presente ao lado da Nobreza e do clero, nas assembleias gerais. Cada corporação correspondia a uma profissão, à semelhança dos sindicatos atuais, e eram consultadas pelo governo local em tudo o que se referisse ao seu ramo artesanal, industrial ou comercial, inclusive quanto à fixação do preço dos produtos, salários de oficiais e obreiros, impostos etc. O Estado liberal suprimiu essas corporações em nome da liberdade do trabalho. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 368.

⁷¹¹ Na Espanha: “*Después de varios ensayos aparece el sistema contencioso-administrativo con la Ley de 22 de junio de 1894, si bien no puede hablarse de una verdadera judicialización de dicho orden hasta la Ley aún vigente de año 1956. Los conflictos derivados de las relaciones de trabajo que durante el siglo pasado se atribuían a los Tribunales ordinarios y que ya en siglo actual se atribuyeron a Tribunales especiales con diversas denominaciones, pasaron en el año de 1938 a la competencia de las denominadas Magistraturas de Trabajo, servidas por miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, pero a través de una designación controlada por el ejecutivo y con una extraña dependencia orgánica del Ministerio de Trabajo*”. ANDRES IBÁÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. Madrid: Tecnos, 1986. p. 207.

⁷¹² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 340.

⁷¹³ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 29.

⁷¹⁴ “Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal”. OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 546.

⁷¹⁵ “FERREIRA FILHO afirma que ‘entre os pais da separação de Poderes’ o Executivo aparecia como o ‘gládio a serviço da lei’ tanto como ‘fiscal de sua execução’ quanto ‘executor mesmo em certos campos’, num papel ‘nitidamente subordinado’ e coincidente com as idéias do ‘laissez faire’. Contudo, o ‘Etat Gendarme’ transformou-se no ‘Welfare State’ e, com isto, o Executivo teve o seu caráter profundamente modificado, tornando-se “o motor da vida política, a mola do governo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 46.

econômicas⁷¹⁶. Em um momento posterior, ao lado do sufrágio universal masculino, foram acrescentados elementos de democracia semidireta, como o referendo e o plebiscito, assim como o controle de constitucionalidade – ainda que embrionário – como forma de manifestação da vontade popular.⁷¹⁷

No Estado moderno constitucional social há uma interlocução entre os direitos de primeira e segunda dimensões, constituindo, assim, uma espécie de “social-democracia” – não aos moldes evolutivos da liberal-democracia para a social-democracia, mas sim de acordo com os preceitos da época. Estão todos eles à disposição da sociedade entabulados em harmonia, ainda que de maneira mais restrita, visando à manutenção dos regimes democráticos, conquistados depois das revoluções liberais, com o aperfeiçoamento dos erros cometidos por esse próprio liberalismo, que a pretexto de manutenção da ordem jurídica se tornou indiferente aos problemas sócio-ético-econômicos, formando o “reino dos cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados”.⁷¹⁸

Enquanto se equipara ao Estado liberal no tocante ao império da lei, à separação entre os Poderes e à expressa previsão constitucional de direitos individuais, dele difere pela posição ativa estatal necessária à efetivação dos novos direitos, exigidos do próprio Estado, como saúde, em detrimento da posição passiva do Estado liberal, e adição à função liberal de aplicação vinculada da lei da função de gestão direta dos serviços públicos, por isso qualificado com social e, portanto, intervencionista. É um Estado muito mais complexo do que o liberal, especialmente pelo reconhecimento ampliado dos direitos do indivíduo.⁷¹⁹

É esse novo Estado, assim, uma segunda fase – sem solução de continuidade – do Estado moderno constitucional, notadamente por dois motivos: o

⁷¹⁶ Para tanto, sustentou-se que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (welfare state). OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 545/6.

⁷¹⁷ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.346.

⁷¹⁸ MAULINER, Thierry. *Apud*: MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 339-340.

⁷¹⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 37.

primeiro, como mencionado, por, independente de manter ou superar as fundamentações iluministas, jusracionalistas ou liberalistas filosóficas, e se afastar do individualismo extremo, ter a liberdade pública e privada como prioridade axiológica da vida coletiva, assim como a limitação do Poder político um permanente objetivo. Por segundo, porque o povo, conforme preceituado pela Revolução Francesa, continua a ser visto como unidade e titular do Poder político. Cuida-se, assim, da articulação de direitos, liberdades e garantias com os direitos sociais. De assegurar a todos a igualdade jurídica com a igualdade social, sem olvidar de observar a reciprocidade entre liberalismo político – e não necessariamente econômico – e democracia, “retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa)”.⁷²⁰

Nesse diapasão, o Estado moderno constitucional social apresenta diversas configurações, a depender do grau de intervenção dele na sociedade, “do mínimo – apenas alguns grupos – ao máximo – todos os cidadãos”. Da mesma forma, a fase de solidificação do Estado social ocorreu em momentos diferentes nas mais diversas regiões globais: enquanto figurou em dois períodos no continente europeu, seguidos do pós-guerra, na América do Norte seguiu à crise econômica de 1929 e o *New Deal*⁷²¹, e na América Latina coincidiu com o êxodo rural para as cidades, ocasião em que, a partir de então, “as estruturas administrativas do Estado social tornaram-se extremamente complexas, quando comparadas às da esfera de atuação neutra do Estado liberal”.⁷²²

Não houve durante o Estado social avanços significativos no exercício da Jurisdição, não obstante a nova dimensão do direito que surgia e se coloca à disposição da sociedade. O Executivo tentava ser o protagonista no cumprimento das determinações assistencialistas a que se obrigava o Estado.

⁷²⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 49.

⁷²¹ Políticas públicas sociais implementadas pelo então presidente estadunidense Franklin Roosevelt, como, por exemplo, salário mínimo e seguro desemprego.

⁷²² RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 39.

3.4 OS ESTADOS REVOLUCIONÁRIOS

O Estado moderno constitucional social foi uma evolução necessária ao Estado moderno constitucional liberal diante da patente injustiça social gerada pela igualdade formal e pela não intervenção do Estado na vida privada – direitos de primeira geração que isolados de outros acabaram por acarretar em sociedade o efeito inverso ao esperado.

A partir da verificação dos erros cometidos pelo liberalismo, a sociedade clamou e o Estado se adaptou a uma nova realidade. Nos países melhor estruturados, ou que tiveram quaisquer condições favoráveis, o Estado moderno constitucional liberal progrediu para o Estado moderno constitucional social, pautado pelo bem-estar e pela interlocução entre os direitos individuais, sociais e regulamentação pública parcial da atividade privada, em uma fase intermediária do progresso mas plenamente vivenciada, antes de se consolidar em um Estado democrático. Foram transformações, portanto, evolucionárias, e não revolucionárias.

Mas mesmo nos Estados sociais, que evoluíram dos Estados liberais, o excesso de intervenção ocasionou diversas dificuldades em sociedade. Uma delas foi tentar solucionar todos os problemas, diante de qualquer percalço, por intermédio da legislação, desestabilizando o direito e gerando grande insegurança jurídica. Enquanto no Estado liberal havia durabilidade das leis e confiança na estabilidade do direito, as graves crises econômicas no início do século XX instauraram especialmente na Europa um sentimento de descrença na auto-regulamentação, emergindo pelas mais diversas partes pessoas clamando por um “Estado forte”, que proporcionou ensejo para o surgimento de Estados totalitários.⁷²³

Assim, “onde tais reformas não se processaram pacificamente com a urgência que a gravidade da situação requeria, o Estado se transformou pela

⁷²³ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia.** in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental.** p. 30.

violência⁷²⁴, em uma dura ruptura sem espaço para transição, ocasionando o aparecimento de regimes totalitários⁷²⁵ e autoritários⁷²⁶, produto da rebelião das massas⁷²⁷, alguns deles influenciados também pela doutrina socialista, ainda que deturpada, como forma de solucionar os problemas gerados pelo liberalismo puro e pelos resquícios do absolutismo monárquico⁷²⁸.

A ausência de reformas estatais que impediram a transição para um novo modelo e que acabou por gerar revoluções ocorreu tanto em Estados liberais, que se omitiram das exigências sociais e alimentaram a miséria do povo, quanto em Estados sociais que não souberam organizar de maneira adequada suas estruturas.

Há nesses Estados revolucionários⁷²⁹, como nos Estados absolutos, uma patente concentração de Poder político⁷³⁰, mas de forma mais agravada, pois enquanto ordinariamente não havia intervenção na vida privada das pessoas e não

⁷²⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 341.

⁷²⁵ “Um Estado totalitário, que anula todas as liberdades individuais, não é possível sem uma ideologia sistematicamente programada pelo governo. A ideologia de Estado da ditadura proletária é o socialismo, e a ideologia de Estado das ditaduras burguesas é o nacionalismo”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 432.

⁷²⁶ “O Estado socialista expressa, de modo geral, a ideia de sociedade planejada. Adota a forma constitucional, mas escapa aos fundamentos democráticos e de proteção à pessoa humana que lhe são inerentes; por essa razão, não pode ser considerado um Estado materialmente constitucional. Identifica-se ao Estado totalitário, gênero do qual os Estados fascistas e comunistas são espécies”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 40.

⁷²⁷ “No conjunto, os indivíduos, desunidos, formam a “sociedade de massas”, em que a preocupação com o interesse de um grupo ou classe foi substituído pelo interesse de cada um”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p.40.

⁷²⁸ “Tais forças, segundo a organização proposta por Eric Hobsbawm, ou eram de extração militar, de direita ultraconservadora ou de direita fascista (mobilizadora das massas); todas tiveram apoio da Igreja, contrária ao Estado secular e à herança do Iluminismo, da Revolução Francesa e ao ‘comunismo ateu’. Também faziam oposição à revolução trabalhista e socialista, que subvertera a velha ordem social. Além disso, todos eram nacionalistas, autoritários e hostis às instituições liberais. Por essas razões é que durante a primeira metade do século XX, para milhões de europeus, o fascismo e o comunismo foram melhores alternativas que a liberal democracia”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p.40.

⁷²⁹ “Contudo, isso não foi suficiente, já que – passados alguns anos de sua implementação – duas reações foram mortais para essa forma de manifestação do Estado de Direito: de um lado, a reação marxista, a qual proclamou ser o Estado um instrumento de dominação e a necessidade de uma ditadura do proletariado; de outro, o Estados Totalitários, que transporta o poder para uma elite que se sobrepõe à massa, e não mais uma classe social”. OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 546.

⁷³⁰ “Na ditadura de partido, a liberdade de expressão e imprensa e todas as outras liberdades políticas são completamente suprimidas. Não apenas os órgãos de Estado oficiais, mas também os órgãos do partido podem interferir arbitrariamente na liberdade do cidadão. Na medida em que estejam em questão interesses do partido dominante, até mesmo a independência dos tribunais é abolida”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 431.

se pretendia absorver a sociedade civil, “o Estado totalitário assume todo o poder na sociedade e identifica a liberdade humana com a prossecução dos seus fins”.⁷³¹

Diante da concentração de Poder⁷³², outro ponto comum a estes Estados é, apesar da existência orgânica de Legislativo e Judiciário, estarem eles submetidos ao Executivo⁷³³. A lei⁷³⁴ deixa de ser a vontade popular para se manifestar exclusivamente por meio das decisões do governante. O sistema de justiça, perdendo em absoluto sua autonomia e independência, aplica ao caso concreto a vontade do governante, sendo utilizado, também, como instrumento pessoal de poder e perseguição política, e não como órgão garantidor de direitos. “O estado totalitário não tolera nem um poder legislativo nem um judiciário independente, como são entendidos no governo constitucional⁷³⁵”.

Dessa forma emergiram no século XX, além de alguns de menor expressividade, dois⁷³⁶ outros modelos de Estado denominados – ainda que formalmente, e não materialmente – constitucionais: o soviético marxista-leninista e o fascista-nazista, derivados de “agravados conflitos políticos e sociais, de

⁷³¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 46 e 51.

⁷³² “Princípio monocrático de poder”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.41.

⁷³³ “Como tanto a criação quanto a aplicação da lei estão inteiramente nas mãos do partido dominante, é fato sem importância que a constituição italiana aprove a monarquia, ou que, segundo as constituições de todas as três ditaduras de partido, existam parlamentos centrais eleitos pelo povo e até mesmo outras instituições democráticas, tais como plebiscitos. Supostas expressões da vontade popular são inteiramente inúteis, já que ninguém pode exprimir outra opinião que não a aceita pelo partido, sem pôr em risco patrimônio, liberdade e vida”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 431/2.

⁷³⁴ “O império da lei, a garantia dos direitos fundamentais e o liberalismo são substituídos, no plano dos valores, pela defesa da pátria e da nação ou da missão histórica da raça, em benefício da defesa do capitalismo. Paralelamente, a supremacia da vontade do ditador sobre a lei e a exaltação da violência e do terror são invocadas como instrumentos necessários, e plenamente justificáveis, de controle social. Já a lei é concebida como ‘decisão’ do titular do Executivo (Carl Schmitt), e não como expressão da vontade geral”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.41.

⁷³⁵ “The totalitarian state tolerates neither a legislative power nor an independent judiciary as they are understood in constitutional government”. HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 35. Issue 6. Article 3. Ano de publicação do artigo: 1945. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3313&context=jclc>. Acesso em: 8 set. 19. p. 385.

⁷³⁶ Considerando que o nazismo, assim como diversos outros Estados totalitários de extrema direita, derivou do fascismo, segundo: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

irradiantes ideologias antiliberais e de partidos⁷³⁷ ou movimentos vitoriosos que se identificam, depois, com o próprio Estado⁷³⁸.

Nesse diapasão, é importante destacar que o “individualismo e coletivismo são os extremos do mesmo eixo sobre o qual gira a ciência política”. Enquanto no primeiro o indivíduo tem a supremacia em relação à sociedade e ao Estado, no segundo, em revés, reconhecem-se apenas os direitos da sociedade, pois no coletivismo o indivíduo não é sujeito de direitos perante o Estado. Entre um extremo e outro há um posicionamento intermediário denominado grupalismo, composto pelos grupos naturais, como famílias, sindicatos e associações – sociedade civil em geral – que são integrantes do Estado, opondo-se às duas ideias de indivíduo isolado ou sociedade como um único grupo homogêneo.⁷³⁹

O individualismo exacerbado é sinônimo de anarquismo. O individualismo racionalista foi o que inspirou as revoluções liberais, e se desenvolve em três campos distintos: religioso, político e econômico. Por sua vez, no outro extremo, coletivismo, socialismo, totalismo, integralismo ou totalitarismo⁷⁴⁰ são termos equivalentes e que indicam ideologias políticas que consideram a população sujeito único de todos os direitos.⁷⁴¹

O coletivismo que se opõe ao individualismo se subdividiu em extrema esquerda e extrema direita. Também pode ser categorizado em internacionalista, nacionalista e racista. Diferem aparentemente pela solução que adotam para

⁷³⁷ “O partido dirigente numa ditadura de partido tem, ele próprio, um caráter autocrático. Os seus membros estão sob o domínio absoluto do líder do partido que é, ao mesmo tempo, o chefe de Estado. Como o bolchevismo, de início, sustentava a ficção de uma separação entre partido e Estado e, além disso, não tinha uma ideologia de ‘liderança’, o líder foi, durante um bom tempo, oficialmente, apenas o secretário-geral do partido. Mas, na realidade, não existe, nesse ponto, nenhuma diferença entre as duas formas de ditadura de partido”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 431.

⁷³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 48.

⁷³⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 359.

⁷⁴⁰ “O conceito de Estado totalitário não coincide com os de Estado autoritário ou autocrático, embora possam ser combinados entre si. Estado totalitário é aquele em que o poder estatal se subtrai à vontade da maioria, enquanto o Estado autoritário refere-se àqueles nos quais o domínio do poder é realizado em nome próprio. Via de regra, o termo “totalitário” é empregado para designar regimes políticos mais recentes, com partido político único”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 42.

⁷⁴¹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 360/4.

enfrentar os problemas e em razão dos fins objetivados, mas se igualam no conteúdo político-filosófico, desprezando a pessoa humana como detentora de direitos públicos, atribuindo ao Estado⁷⁴² um valor absoluto, na concepção hegeliana. É exemplo da extrema esquerda internacionalista o socialismo de Estado russo; de extrema direita nacionalista o fascismo italiano e de extrema direita racista o nazismo alemão.⁷⁴³

3.4.1 Estado socialista soviético⁷⁴⁴

A primeira revolução antiliberal e anti-individualista – coletivista –, de maneira organizada, foi o socialismo⁷⁴⁵, iniciado no campo doutrinário ainda no século XVIII, logo após a instalação do Estado liberal e de forma crítica à Revolução Francesa, surgindo inicialmente como ideias socialistas ou comunistas, sendo classificado como “utópico⁷⁴⁶”, que remonta à República, de Platão, lastreada também em Tomás More – A Utopia. Nesse primeiro plano, o socialismo utópico era formado por um grupo heterogêneo dentre os quais havia quem pregasse o anarquismo, pois a ideia de extinção do Estado era, em regra, comum a todos.⁷⁴⁷

Ainda nessa fase preliminar, o socialismo representava uma mudança para um novo tipo de sociedade, e não de Estado, e teve origem entre os comunistas ingleses. Em princípio não tinha a intenção de abolir totalmente a propriedade privada, mas todos os instrumentos de produção deveriam ser de

⁷⁴² “Em todas as três ditaduras, porém, existe ou existiu um culto muito bem desenvolvido ao líder – mesmo na Rússia, onde é difícil conciliar tal coisa com a ideologia de coloração marxista”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 431.

⁷⁴³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 3764/5.

⁷⁴⁴ “O Estado soviético ou marxista-leninista recebe esse nome por assentar e se inspirar nas ideias da Revolução russa de 7 de novembro de 1917: revolução soviética, feita em nome de “todo o poder aos soviets” (ou seja, aos conselhos de operários, soldados e camponeses); revolução marxista-leninista, feita em nome da ideologia marxista-leninista”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

⁷⁴⁵ “Note-se que nesses tempos, até meado do século XIX, as palavras socialismo e comunismo confundiam-se na mesma significação. Tal sociedade, que envolvia a ideia de uma ordem comunista superior, veio a ser denominado socialismo utópico somente quando se iniciou a doutrinação do socialismo científico”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 378.

⁷⁴⁶ “Nessa fase, que podemos chamar pré-marxista”, destacaram-se vários autores, de países como Inglaterra, França, Alemanha e Rússia. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 378.

⁷⁴⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 167.

comunidades, associações ou do governo, ou seja, uma propriedade comum entre todos os membros, sem excluir de plano a possibilidade de aquisição de artigos de consumo.⁷⁴⁸

Mais próximo do final do século XIX, parcela desse grupo se concentrou na doutrina marxista – da obra de Karl Marx⁷⁴⁹, “O capital”⁷⁵⁰ – dando origem ao socialismo científico⁷⁵¹, que se divide em várias outras correntes, sendo a principal a doutrina de Marx, baseada na filosofia de Feuerbach e no método dialético de Hegel, enquanto, depois de publicado o “Manifesto comunista”, de Marx e Engels, ter emergido o “socialismo revolucionário, e com este o socialismo de Estado”, objetivando a inversão da ordem política, a destruição da sociedade burguesa, a abolição da propriedade privada e a nacionalização das fontes de capital, instaurando-se, por consequência, a “ditadura do proletariado”.⁷⁵² O manifesto comunista foi fruto de uma reunião secreta da liga dos comunistas, uma união internacional operária que era proibida na maior parte dos Estados, ocorrida em Londres em 1847⁷⁵³. Engels colaborou doutrinariamente também na estruturação da obra Primeira Internacional; Marx atingiu seu ápice com O Capital, em 1867, uma das publicações de maior repercussão da humanidade e que conseguiu dividir o mundo entre partidários e opositores⁷⁵⁴.

Os ideais pautados pela doutrina socialista-comunista eclodiram notadamente no seio da classe obreira, e o Estado, ameaçado em seu governo democrático, apesar de ter adotado diversas medidas excepcionais de autodefesa, em alguns lugares sucumbiu.

⁷⁴⁸ Dallari, citando Stuart Mill. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 279-280.

⁷⁴⁹ “Karl Marx (1818-1883) nasceu em Trêvez, na Prússia, Alemanha, em 5 de maio de 1818. Era de descendência israelita [...]. Em Paris, Marx tornou-se amigo íntimo de Frederico Engels, utopista como eram os socialistas daquele tempo, e ambos se irmanaram definitivamente pelo mesmo ideal”.

⁷⁵⁰ MARX, Karl. **O capital**. Domínio público. Sem informações complementares. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000086.pdf>. Acesso em: 6 set. 19.

⁷⁵¹ “O socialismo científico tem como principal expoente Karl Marx, tanto que se identifica com a denominação de marxismo”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 379.

⁷⁵² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 167.

⁷⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 281.

⁷⁵⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 379.

A liberdade consagrada pelas constituições liberais não foi conhecida pelos que possuíam na força individual do trabalho seu único bem. A igualdade formal de direitos significava apenas que todos detinham idêntica proteção do Estado, que deveria manter a ordem social assim como estava, inexistindo possibilidade de coagir alguém a dividir ou compartilhar um pouco de sua renda com os mais necessitados. O Estado, por isso, assegurava ao proletário a liberdade de opção entre trabalhar muito e ganhar pouco, ou permanecer desempregado, que representava fome para a família. Não por acaso e sem razão, a classe dos miseráveis via no Estado, controlado pela burguesia, um inimigo.⁷⁵⁵

Especialmente no continente europeu, a I Guerra Mundial foi fator⁷⁵⁶ social preponderante para a sedimentação da nova ideologia ao criar ambientes propícios para a transformação da ordem constituída.⁷⁵⁷

Foi o que aconteceu na Rússia, berço efetivo do socialismo-comunismo no planeta. Enquanto os exércitos nacionais estavam no fronte de combate, a Revolução Socialista se organizou e retirou do Poder a autocracia dos czares.

Mas apesar da inspiração socialista ser derivada também do “Manifesto Comunista”, e de serem coincidentes os anseios, a Revolução Russa não buscava combater a precariedade social do Estado liberal, pois a Rússia⁷⁵⁸ naquele período ainda vivenciava uma espécie de absolutismo⁷⁵⁹ pré-liberal, onde não existia

⁷⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 281.

⁷⁵⁶ MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. Edição eletrônica. Fonte digital. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/fascismoit.pdf>. Acesso em: 7 set. 19. p. 6.

⁷⁵⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 168.

⁷⁵⁸ “Apesar da sua viva contestação do Estado constitucional representativo (dito de ‘democracia burguesa’, mesmo na fase social do século XX, em contraposição à ‘democracia socialista’), o Estado soviético em concreto nunca surgiu em rutura com este (em nenhum país de democracia representativa ou pluralista houve revolução comunista triunfante), mas em rutura com regimes doutro tipo (fosse monarquia absoluta ou tradicional, fosse ditadura de direita)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

⁷⁵⁹ “Todos os partidos burgueses, inclusive a direita nacionalista, formaram de repente uma falange contra o absolutismo. Este caiu ao primeiro assalto, quase sem luta, como um órgão carcomido em que bastava tocar para que desmoronasse”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2017. Disponível em: https://rosaluxspba.org/wp-content/uploads/2017/11/Rosa_Luxemburgo_-_Revolucao_Russa_-_para_baixar.pdf. Acesso em: 9

constituição e o Poder estava concentrado na pessoa do imperador – czar. Posteriormente, já no curso da revolta popular que durou décadas, o czar russo promulgou uma constituição, tornando a Rússia uma monarquia constitucional, ainda que somente de aparências; mas a revolução iniciou antes disso, pois a de “1917 foi a continuação direta da revolução de 1905 -1907 [...]. Em março de 1917, o movimento retomou sua obra precisamente no ponto em que a havia deixado dez anos antes⁷⁶⁰”.⁷⁶¹

Na Rússia do século XIX havia uma plena ausência de liberdade individual; o regime czarista perseguia todo tipo de oposição, enviando milhares de presos políticos para o exílio na Sibéria – Lenin, por exemplo, vivia fora da Rússia, exilado na Finlândia. A “Ochрана”, polícia política, controlava a educação, desde o ensino básico até o universitário, a imprensa e os tribunais. Em geral, o povo era servil à nobreza proprietária de latifúndios, que por sua vez se submetia ao imperador, em uma divisão hierárquica muito semelhante ao existente no mundo feudal e observada durante o absolutismo monárquico⁷⁶², tornando a Rússia um país economicamente atrasado, essencialmente agrário⁷⁶³.

Em razão disso, a modernização da sociedade russa demorou a chegar e ocorreu de maneira diferente da vivenciada nos Estados liberais europeus, pois diante da inexistência de industrialização burguesa amparada pela propriedade privada dos meios de produção, o governo russo teve que tomar à frente do processo. Para tanto, no final do século XVIII o czar emancipou os servos e distribuiu aos camponeses pequena parcela da área rural, ocasionando a divisão interna deles em classes nos anos que se sucederam, enquanto a nobreza ainda era a maior possuidora das terras agrícolas⁷⁶⁴.

set. 19. p. 36.

⁷⁶⁰ LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 36/7.

⁷⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 282/3.

⁷⁶² BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**. Artigo virtual. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-russa/>. Acesso em: 8 set. 19.

⁷⁶³ LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 25.

⁷⁶⁴ PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/revolucao-russa.htm>. Acesso em: 9 set.

Durante o governo do czar autocrata Nicolau II (1894-1917)⁷⁶⁵, a Rússia ampliou o processo de industrialização especialmente ao permitir o ingresso do capital estrangeiro, ocasião em que os operários, muitos originados do êxodo rural, passaram a se concentrar nos grandes centros, como a capital Petrogrado (atual São Petersburgo) e Moscou, em maior número, inclusive, do que em outros centros industrialmente desenvolvidos na Europa⁷⁶⁶. Apesar disso, as condições de vida da população pioraram, assoladas pelo desemprego e diminuição dos salários, enquanto as grandes fortunas estavam concentradas nas mãos dos capitalistas e latifundiários.⁷⁶⁷ Esses fatores, aliados ao fato das terras produtivas ainda pertencerem a poucos nobres, foram preponderantes para desencadear a Revolução Russa de 1917⁷⁶⁸.

A indignação popular, contudo, vinha desde muito antes. Em 1905, por exemplo, houve uma pequena revolução iniciada após a guarda imperial, assustada com a multidão que se aproximava, atirar e matar em frente ao palácio governamental de São Petersburgo cerca de mil pessoas que faziam um protesto pacífico e almejavam entregar ao czar um abaixo-assinado reivindicando melhores condições de vida – evento que ficou conhecido como domingo sangrento.⁷⁶⁹

Esse fato originou a criação de um conselho de delegados dos trabalhadores de São Petersburgo, conhecido como “soviete” – “conselho”, em russo. Para conter o processo revolucionário, o czar promulgou uma constituição e criou um parlamento chamado Duma, apesar de ter monopolizado a maior parcela do Poder, indicando a criação de uma monarquia constitucional que em verdade nunca se efetivou⁷⁷⁰, não passando de um engodo até que o czar pudesse contornar a situação e retornar ao *status* do antigo regime.

19.

⁷⁶⁵ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 95.

⁷⁶⁶ PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**.

⁷⁶⁷ BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**. Artigo virtual. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-russa/>. Acesso em: set. 19.

⁷⁶⁸ PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**.

⁷⁶⁹ BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

⁷⁷⁰ PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**.

A instabilidade social perdurou nos anos seguintes. O império russo, como membro da tríplice entende, ao lado da Inglaterra e da França – tendo Japão, Estados Unidos e Espanha como aliados –, contra a Alemanha e a Áustria-húngara – e também a Itália, que posteriormente mudou de lado –⁷⁷¹, era um dos principais interessados na primeira grande guerra de 1914, mas seu exército não era páreo para as forças militares alemãs, ocasionando a deserção em massa dos soldados da linha de frente e, como consequência derivada do próprio conflito, o agravamento da precária situação vivenciada pela população. Com as sucessivas derrotas, a Rússia estava militarmente aniquilada e economicamente desorganizada.⁷⁷²

No decorrer da guerra, uma manifestação pelo dia internacional da mulher se transformou em uma reivindicação contra a fome, tendo apoio dos soldados insatisfeitos com a guerra, quando a partir de então uma série de protestos se efetivou de modo mais veemente, ao tempo em que os operários reconstruíram os sovietes. “Essa situação ficou conhecida como duplo poder, com a burguesia e a aristocracia organizando-se na Duma, e os trabalhadores, soldados e camponeses organizando-se nos sovietes”, cuja principal vindicação popular era a saída da guerra e medidas sociais para aplacar a fome, além da distribuição de terras.⁷⁷³

As reivindicações não foram atendidas e os movimentos populares⁷⁷⁴, com apoio de parte dos militares, foram exitosos em destituir o czar Nicolau II do Poder, em fevereiro de 1917, quando se formou um governo provisório, inicialmente com representantes de todos os partidos, o que desagradou o conselho de operários e soldados alçando ao Poder, em seguida e de maneira impositiva, o líder do partido socialista revolucionário, Kerenski. “Esses eventos transformaram a Rússia no primeiro Estado comunista do mundo⁷⁷⁵”, “contrariando todas as previsões, [...] onde

⁷⁷¹ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 91.

⁷⁷² BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

⁷⁷³ PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**.

⁷⁷⁴ “As revoluções aconteceram em março e novembro de 1917 (fevereiro e outubro, de acordo com o calendário juliano usado à época na Rússia)”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 95.

⁷⁷⁵ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 95.

ainda era incipiente o desenvolvimento industrial⁷⁷⁶”.

Como um dos primeiros atos do governo, retirou-se a Rússia da guerra, assinando o Tratado de Brest-Litovsk⁷⁷⁷ e entregando aos vencedores a Finlândia, Países Bálticos, Polônia, Ucrânia e Bielorrússia, além de distritos no Império Otomano e na região da Geórgia que estavam sob seus domínios⁷⁷⁸, sem olvidar, nesse campo, que o tratado em tela teve curta duração diante da reviravolta no desfecho a partir da intervenção dos Estados Unidos na Guerra⁷⁷⁹. A capital mudou de Petrogrado para Moscou.

A partir de então a Revolução aparentemente caminhava⁷⁸⁰ de modo linear para se instituir um “Estado liberal proletarista”, mas o governo provisório era fraco e permitiu a contrarrevolução dos extremistas por meio do partido⁷⁸¹

⁷⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 283.

⁷⁷⁷ “O Tratado de Brest-Litovsk, assinado em 1918, teve vida curta. Com a derrota alemã, ele perdeu validade e tornou-se oficialmente inválido com a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919. Muitos historiadores argumentam que a dureza dos termos impostos em Versalhes foi um reflexo da dureza dos alemães em Brest-Litovsk”. NEVES, Daniel. **O que foi o Tratado de Brest-Litovsk?** Disponível em: <https://guerras.brasilecola.uol.com.br/seculo-xx/tratado-brest-litovsk.htm>. Acesso em: 7 set. 19.

⁷⁷⁸ “Em Brest-Litovsk, os bolcheviques cederam 90% das minas de carvão da Rússia, 54% de sua indústria e um terço de seu sistema ferroviário e de sua população. Os alemães marcharam sobre a Ucrânia e a Geórgia com 1 milhão de soldados para ocupar a região; os estrategistas de Berlim criaram um cordão de novos Estados títeres que funcionariam como escudos, protegendo a Alemanha do bolchevismo e fornecendo grãos, petróleo e outros recursos aos mercados para assegurar a condição da Alemanha como potência mundial. [...] Havia apenas um problema: a guerra não tinha terminado. A ofensiva ocidental de 1918 se exauriu, e com a entrada dos Estados Unidos na guerra o equilíbrio de forças logo se voltou contra Berlim. Poucos meses mais tarde, com uma rapidez que a opinião pública alemã teve dificuldades de compreender, os aliados alemães pediram a paz e o alto-comando seguiu o exemplo, preferindo responsabilizar pela capitulação a traição civil em vez de seus erros de cálculo estratégicos. O Kaiser foi obrigado a abdicar e relutantemente começou seu longo exílio na Holanda. Nos meses seguintes, as fronteiras da Nova Ordem alemã ruíram e Brest-Litovsk tornou-se ‘a paz esquecida’”. Mazower, Mark. **O império de Hitler: a Europa sob o domínio nazista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Tradução de Claudio Carina e Lucia Boldrini. Título original: *Hitler's Empire: Nazi Rule in Occupied Europe*. p. 65/6.

⁷⁷⁹ BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

⁷⁸⁰ “Na sua fase inicial, sob o governo de Kerenski, o Estado russo era ideologicamente marxista. Com a vitória da contrarrevolução bolchevista, que levou Lenin ao poder, o Estado tomou uma direção que se poderia definir como comunista. Logo nos primeiros tempos do seu governo Lenin reconheceu a necessidade de transigir com os princípios marxistas, passando a estruturar a ordem bolchevista, que deveria conduzir o estado à ordem comunista ideal. Já no governo de Stalin, não sobrava do marxismo mais do que o rótulo e a filosofia”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 382.

⁷⁸¹ “O partido de Lênin foi, assim, o único na Rússia que compreendeu, nesse primeiro período, os verdadeiros interesses da revolução, foi o elemento que a fez avançar e, nesse sentido, o único

operário russo social-democrático, dividido⁷⁸² em⁷⁸³: menchevique, que significa minoria em russo e tentava pautar o Estado social de modo evolutivo e democrático; e bolchevique, significando maioria em russo, sendo liderado por Lenin⁷⁸⁴, que buscava o poder por meio da revolução armada - “‘Paz, terra e pão’ e ‘todo o poder aos soviets’⁷⁸⁵”.⁷⁸⁶

No início de novembro daquele ano a massa proletariada, conduzida por Lenin, tomou o Poder do governo provisório. O conselho de operários foi convertido em congresso nacional de operários, camponeses e soldados. Os bolcheviques estatizaram⁷⁸⁷ bancos, estradas e indústrias, que passaram ao controle dos operários, assim como distribuíram⁷⁸⁸ terras⁷⁸⁹ aos camponeses⁷⁹⁰.

partido que praticou uma política realmente socialista. Isso explica também por que os bolcheviques, minoria proscrita, caluniada e acuada por todos os lados no início da revolução, se tornaram, num tempo muito curto, seus dirigentes e puderam reunir, sob a sua bandeira, todas as massas realmente populares: o proletariado urbano, o exército, os camponeses, assim como os elementos revolucionários da democracia, a ala esquerda dos socialistas revolucionários”. “Todos os partidos burgueses, inclusive a direita nacionalista, formaram de repente uma falange contra o absolutismo. Este caiu ao primeiro assalto, quase sem luta, como um órgão carcomido em que bastava tocar para que desmoronasse”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 41/2.

⁷⁸² “As divergências de opinião fragmentaram o partido, que se dividiu em duas tendências: Bolcheviques (maioria, em russo), liderados por Lenin, defendiam a ideia revolucionária da luta armada para chegar ao poder. Mencheviques (minoridade, em russo), liderados por Plekhanov, defendiam a ideia evolucionista de se chegar ao poder através de vias normais e pacíficas como, por exemplo, as eleições”. BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

⁷⁸³ “Os bolcheviques e os mencheviques eram os dois principais. Ambos acreditavam nas ideias e na revolução marxistas, mas os bolcheviques (o termo significa ‘a maioria’), guiados por Vladimir Lenin, insistiam que camponeses e trabalhadores deveriam participar do processo, ao passo que os mencheviques (‘a minoria’) acreditavam na cooperação com as classes médias”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 95.

⁷⁸⁴ Wladimir Ilitch Ulianov.

⁷⁸⁵ BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

⁷⁸⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 168.

⁷⁸⁷ “Nacionalização da grande e média propriedade fundiária, unificação da indústria e da agricultura são os dois aspectos fundamentais de toda reforma econômica socialista, sem os quais não existe socialismo”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 55.

⁷⁸⁸ “Mesmo sem ver, é evidente para todo mundo que, ao fim da partilha das terras, as desigualdades econômicas e sociais no seio do campesinato não foram eliminadas e sim exacerbadas, assim como acabaram agravados os antagonismos de classe. Mas esse deslocamento de forças ocorreu, incontestavelmente, em detrimento dos interesses proletários e socialistas”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 58.

⁷⁸⁹ “Discurso de Lênin sobre a centralização necessária da indústria, a nacionalização dos bancos, do comércio e da indústria. Por que não das terras? Aqui, ao contrário, descentralização e propriedade privada”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 58/9.

⁷⁹⁰ “Agora, após a ‘tomada de posse’, a coletivização socialista da agricultura tem um novo inimigo, uma massa de camponeses proprietários que aumentou, se fortaleceu enormemente e que defenderá com unhas e dentes, contra todo atentado socialista, sua propriedade recentemente adquirida. Agora, a questão da futura socialização da agricultura, ou seja, na Rússia, a questão da

O controle⁷⁹¹ da sociedade pelo Estado estava justificado pelos soviéticos em razão do partido representar as massas que representavam a maioria, portanto, mais justo e democrático do que estar submetido a um grupo de indivíduos detentor do capital. Não fosse assim, a imprensa, por exemplo, se pertencente a determinados grupos econômicos, veiculariam matérias de seu interesse, enquanto a pertencente ao Estado faria o jornalismo independente. Da mesma forma a coletivização dos meios de produção, passando ao dispor de todos, sob o viés da democracia.⁷⁹²

Implementou-se, a partir de então, contudo, não a ditadura⁷⁹³ do proletariado, mas sim do partido bolchevista⁷⁹⁴, inaugurando um reino de terror.⁷⁹⁵ “O

produção em geral tornou -se um tema de conflito e de luta entre o proletariado urbano e a massa camponesa. O boicote das cidades pelos camponeses, que retêm os víveres para obter lucros exorbitantes, exatamente como os junkers prussianos, mostra a que ponto o conflito se agravou. O pequeno camponês francês tornou--se o mais intrépido defensor da grande Revolução Francesa, que lhe doara as terras confiscadas aos emigrados. Como soldado de Napoleão, levou a bandeira francesa à vitória, atravessou toda a Europa e aniquilou o feudalismo num país após outro. Talvez Lênin e seus amigos esperassem que sua palavra de ordem em relação ao setor agrário produzisse efeito semelhante. Mas o camponês russo, tendo tomado a terra por conta própria, não pensou nem em sonhos em defender a Rússia e a revolução, à qual devia a terra. Aferrou -se à sua nova propriedade e abandonou a revolução aos seus inimigos, o Estado à ruína, a população urbana à fome”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 60/1.

⁷⁹¹ “Na ditadura do proletariado, assim como nas duas ditaduras de classe média, a economia é regulamentada, em grande parte, de modo autoritário. O bolchevismo é comunismo de Estado, e o fascismo e o nacional-socialismo exibem uma tendência para o capitalismo de Estado. Em todos os três Estados ditatoriais, a ordem jurídica penetra não apenas na esfera econômica, mas também em outros interesses do indivíduo privado num grau muito mais alto que em qualquer outro Estado atual. Em vista desse fato, as ditaduras de partido também têm sido chamadas Estado ‘totalitários’”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 432.

⁷⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 284.

⁷⁹³ “Perfeitamente: ditadura! Mas essa ditadura consiste na maneira de aplicar a democracia, não na sua supressão; ela se manifesta nas intervenções enérgicas e resolutas pondo em causa os direitos adquiridos e as relações econômicas da sociedade burguesa, sem o que a transformação socialista não pode ser realizada. Mas tal ditadura precisa ser obra da classe, não de uma pequena minoria que dirige em nome da classe; quer dizer, ela deve, a cada passo, resultar da participação ativa das massas, ser imediatamente influenciada por elas, ser submetida ao controle público no seu conjunto, emanar da formação política crescente das massas populares”. LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 101.

⁷⁹⁴ “Os bolcheviques também estabeleceram imediatamente, como objetivo da tomada do poder, o mais avançado e completo programa revolucionário: não se tratava de garantir a democracia burguesa, e sim a ditadura do proletariado, tendo como fim a realização do socialismo. Eles adquiriram assim o imperecível mérito histórico de terem proclamado, pela primeira vez, os objetivos finais do socialismo como programa imediato da prática política.” LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa**. p. 48.

⁷⁹⁵ “Em tempos recentes, surgiu uma nova forma de autocracia na ditadura de partido do bolchevismo e do fascismo. Na Rússia, a nova forma é um produto da revolução socialista que se seguiu à Primeira Guerra Mundial. A sua base intelectual é a teoria marxista de luta de classes e da ditadura do proletariado. Na realidade, essa ditadura tornou-se um partido, representando os interesses dos

bolchevismo tem do marxismo pouco mais do que o rótulo⁷⁹⁶. Para evitar qualquer tipo de restauração do império dos czares, eliminaram sumariamente e por completo a família de Nicolau II, assim como outros eventuais adversários⁷⁹⁷. Subordinaram o sistema de justiça ao controle do executivo, concentrando todo o Poder nas mãos do presidente em um simulacro de representação. A assembleia constituinte, prevista e anunciada, foi dissolvida por um decreto de Lenin.⁷⁹⁸

Nos quatro anos seguintes, no decorrer do início do governo bolchevique, observaram-se na Rússia diversas guerras civis, que abalaram ainda mais a combalida economia russa. O exército branco, comandado pelos mencheviques e por aliados estrangeiros, foi derrotado pelo exército vermelho bolchevique, liderado por Leon Trotsky. Notava-se, dessa forma, um socialismo-comunismo de guerra, que evoluiu e deu espaço para a criação de uma nova política econômica que permitiu o ingresso do capital vindo do exterior.

Depois de 1921, com a recuperação nacional, abriu-se espaço para o renascimento da indústria, dos sindicatos, dos bancos, resultando, também, na criação, em 1922⁷⁹⁹, da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Nesse período também foi promulgada a Declaração de Direitos do Povo Operário e

proletários e contrário a todos os outros partidos, mesmo que proletários. A palavra 'bolchevismo' era originalmente aplicada ao partido que exercia a ditadura na Rússia, mas acabou por designar um tipo de governo". Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 430.

⁷⁹⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 380.

⁷⁹⁷ "Desde o início de 1935 até Julho de 1940 foram presas, como 'inimigas do povo', 19.840.000 pessoas, destas foram executadas 7 milhões. A maioria dos demais morreu nos acampamentos" (p. 178/9). [...] Antes disso, "Lênin exigia, já em Janeiro de 1918, a 'extinção e neutralização dos parasitas (dos ricos e vigaristas, dos vagabundos e histéricos)' e as realizou (p. 179). [...] O sistema de campos de concentração – o arquipélago Gulag (Solchenizyn) – foi então desenvolvido por Lênin para dois fins: exercer o terror e recrutar trabalho forçado. De 1928-1932 – portanto, muito antes da época considerada 'stalinista' em sentido estrito – serviu a Stalin para 'transferência' dos agricultores (também denominados pejorativamente de Kulaken) nessa época de 10 a 15 milhões de pessoas morreram, inúmeras foram vítimas do flagelo desencadeado por essa situação" (p. 180). KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. p. 178-180.

⁷⁹⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 169.

⁷⁹⁹ "Em 1922, é fundada a União Soviética, junção de 15 repúblicas (que hoje correspondem a 15 países), com governo e economia centralizados na Rússia. Lênin morre em 1924 e é sucedido por Joseph Stálin. O novo líder retoma o crescimento e comanda o país, com sucesso, durante a 2ª Guerra Mundial". SUPER INTERESSANTE. **O que foi a Revolução Russa?** Revista. Editora abril. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-revolucao-russa/>. Acesso em: 7 set. 19.

Explorado, publicado o código civil e outras leis fundamentais. Em 1924, Lenin morreu, sendo sucedido por Joseph Stálin⁸⁰⁰.

A URSS, criada pela lei fundamental de 1923, era um ente *sui generis* consistente em um misto de federação e confederação, hierarquizada⁸⁰¹ e tendo como órgão supremo o congresso dos soviets, composto por duas câmaras: a primeira, o soviet federal, representando o povo em uma proporção de 1 para 25.000, enquanto o soviet das nacionalidades representava as repúblicas que faziam parte – como no sistema bicameral da câmara dos deputados e senado federal. O partido bolchevista, ou comunista, era o supervisor máximo de toda a organização política, social, econômica e jurídica, sendo a lei, em suma, tradução da vontade do partido, e não do povo – conforme previsto no artigo 126 da Constituição Russa⁸⁰². O Estado socialista russo estava, dessa forma, caracterizado pela existência de partido único; ditadura classista; governo coletivista integral; concentração de poderes no executivo; ausência de propriedade privada, estatização da economia e dos bens de produção do capital; imperialismo internacionalista.⁸⁰³

O constitucionalismo⁸⁰⁴ de matriz marxista-leninista se diferencia do constitucionalismo em razão do domínio do Poder exercido pelo partido comunista – ideológico e apto a enquadrar as massas –, e não pelo povo, pois é por meio do partido que o proletariado conquista o Poder, sendo, portanto, por meio dele que deve ser exercido. “É nele que está a realidade do poder, e não nos órgãos formais do Estado”, e a constituição socialista “desempenha uma função simultaneamente de balanço do que está feito (no socialismo) e de programa do que falta fazer (a

⁸⁰⁰ “Na Rússia, após a morte de Lênin (1924), Joseph Stalin assumiu o poder (1929), o qual governou como um déspota absoluto. Os principais membros do Partido Comunista tornaram-se a nova elite econômica da União Soviética. Várias pessoas que haviam participado da Revolução de 1917 acabaram mortas”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 98.

⁸⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 285.

⁸⁰² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 285.

⁸⁰³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 169/170.

⁸⁰⁴ “No ano de 1918 foi aprovada a Constituição da República Soviética Federativa Socialista Russa, surgindo, assim, o primeiro Estado socialista, que em 1924 passaria a denominar-se União das Repúblicas Socialistas Soviéticas”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 283.

caminho do comunismo)".⁸⁰⁵ O ordenamento jurídico soviético não tinha interesse em respeitar o Estado constitucional⁸⁰⁶; era estabelecido pela violência e não derivado de um governo limitado pela lei, lei esta que desempenhou papel insignificante no período diante do fato do real Poder estar depositado no partido bolchevique.⁸⁰⁷

A legalidade do Estado socialista é, também, muito diferente da legalidade observada no Estado constitucional. No Estado socialista há uma aceitação da norma jurídica não pelo seu valor axiológico, mas simplesmente por serem "socialistas", desvalorizando comandos constitucionais que estejam em desacordo com esses preceitos.⁸⁰⁸

Na origem do ideal socialista⁸⁰⁹, o Estado seria um mal necessário e transitório até que a sociedade atingisse a ordem superior comunista e pudesse administrar em um sistema simples as coisas comuns. A ditadura do proletariado seria uma necessidade temporária para a consecução desse fim. O Estado, então, desapareceria a partir do nivelamento das classes. E esse parecia ser, ao menos até 1936, o objetivo⁸¹⁰ do Estado russo, quando, contudo, o bolchevismo resolveu

⁸⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

⁸⁰⁶ "A Constituição não pode impedir o terror, se estiver submetida ao princípio da soberania, em vez de à divisão de poderes, garantindo, assim, as condições institucionais da *Rule of Law* (p. 179). [...] O problema não estava na falta de moral e de razão do soberano, e sim, na falta de divisão de poderes e, com isso, de validade dos Direitos Humanos" (p. 180). KIERLE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 179-180.

⁸⁰⁷ "The Soviet legal system created institutional safeguards to the individual citizen that were merely nominal, whereas others were just a mere façade. Indeed, the Soviet regime had no interest in respecting the rule of law. Established by violence, such regime would never become a government under the law. On the contrary, the Soviet law played a rather insignificant role in the actions of the government, since the real power lied in the small leadership of the Bolshevik Party". ZIMMERMANN, Augusto. **Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal**. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 7, n. 01, p. 383-397, dez. 2010. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/571>. Acesso em: 9 set. 19. p.386

⁸⁰⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 51.

⁸⁰⁹ "O socialismo, depois de Marx, assumiu variadas tendências, destacando-se, principalmente, o Socialismo de Estado (ou socialismo integral), o socialismo radical, o socialismo corporativista (ou sindicalista), o socialismo agrário, o socialismo cristão (ou católico), o socialismo municipalista, o socialismo democrático etc". MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 380.

⁸¹⁰ "O socialismo de Estado se impõe através de um programa ditatorial, que tem a seu cargo consolidar a ordem revolucionária e suprimir todas as resistências, particularmente das forças capitalistas particulares e da burguesia. É a sua primeira fase. Na segunda, realizam-se os

cancelar seu programa mandando liquidar todos os que se opusessem à ditadura classista imposta pelo soviétismo, que perdurou⁸¹¹ até a década de 1990.⁸¹²

Existe, dessa forma, uma grande diferença entre o Estado moderno constitucional social, evolucionista, e o Estado socialista-comunista, revolucionário. Enquanto no primeiro há uma conjugação de direitos individuais e coletivos – apesar da existência de intervenção do Estado para assegurar diversos direitos sociais –, o que caracteriza o segundo, diferentemente, é a absoluta limitação de direitos individuais em detrimento dos direitos coletivos, com a estatização da propriedade e dos meios de capital, centralizando no Estado o direcionamento da atividade econômica planificada mediante o abandono total da livre iniciativa.⁸¹³

3.4.2 Estado fascista italiano

O Estado fascista absorveu essa denominação em razão do regime instaurado na Itália entre os anos de 1922 e 1943 pelo partido político fascista “e que, com feições, ora extremas – o nacional-socialismo na Alemanha, de 1933 a 1945 – ora moderadas, foi transplantado ou seguido, na dependência de condicionalismos internos e externos, em vários países”.⁸¹⁴ Foi, depois do comunismo russo, a mais notável reação reformista do Estado moderno⁸¹⁵.

No início do século XIX, a Itália, assim como a grande parte dos países europeus, vivenciava uma enorme crise. Na Itália, a unificação dos territórios foi

planejamentos, por meio dos planos quinquenais, característicos do stalinismo, pelos quais se chegaria ao estágio superior de evolução da ordem comunista. Neste ponto, extinguir-se-ia o Estado como governo de pessoas, para dar lugar a um simples sistema de administração do patrimônio comum. Em suma, o socialismo de Estado seria o meio pelo qual se atingiria o fim ideal, que é o comunismo, sonho e miragem dos utopistas”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 381.

⁸¹¹ “Até o início da II Guerra Mundial a União Soviética era o único Estado socialista existente no mundo” (p. 286). Depois da II guerra, diversos fatores explicam a crescente do socialismo no mundo, especialmente o auxílio russo para a reconstrução do leste europeu. “A partir de 1945 surgem, portanto, as democracias populares, baseadas, em grande parte, no modelo soviético. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 287.

⁸¹² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 170/1.

⁸¹³ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 165.

⁸¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

⁸¹⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 37

tardia, e o país permaneceu em guerra entre os anos de 1859 e 1870, não conseguindo superar, mesmo ao término dela, as disputas políticas e sociais com a igreja ou mesmo a unificação dos povos que insistiam em manter suas tradições locais, recusando-se, inclusive, abandonar os diversos dialetos para a comunicação. Do ponto de vista econômico, enquanto o norte era relativamente industrializado, o sul ainda vivia por meio de uma economia agrária medieval, gerando inúmeras distorções sociais e dificuldade de integração. Em pleno século XX, miséria também era uma realidade em diversos pontos do país, esvaziando o campo em busca de trabalho nas indústrias, gerando ainda mais desemprego diante da abundância de mão de obra disponível.⁸¹⁶

Brotavam nesse período os partidos políticos de esquerda, que ganhavam cada vez mais notoriedade diante da omissão do Estado monárquico em implementar avanços sociais, preocupando-se somente com a elite capitalista e desprezando a classe do proletariado que também passava a se formar.⁸¹⁷ Crescia, assim, o movimento socialista e comunista, gerando a insatisfação e o temor dos setores médios da burguesia em geral e dos conservadores⁸¹⁸.

A I Guerra Mundial também ofereceu o cenário propício para efetivar a revolução.

Em nome do crescimento internacional e reconhecimento de sua soberania política, a Itália declarou a Alemanha inimiga e ingressou na I Guerra Mundial. Ao final dela, por estar entre os países aliados que se sagraram vencedores, a Itália imaginou ser prestigiada e esperava receber alguns territórios como forma de premiação, mas não foi o que ocorreu, gerando sentimento de

⁸¹⁶ TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/facismo-italiano---contexto-historico-a-crise-italiana-e-o-fascio-de-combate.htm>. Acesso em: 9 set. 19.

⁸¹⁷ TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**.

⁸¹⁸ SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/fascismo.htm>. Acesso em: 23 set. 19.

frustração e traição na população contra a Inglaterra e a França.⁸¹⁹

Esses fatores agravaram ainda mais as condições econômicas italianas, mobilizando diversos e diferentes grupos políticos engajados em resolver a preocupante situação vivenciada. “No ano de 1920, uma greve geral de mais de dois milhões de trabalhadores demonstrava a situação caótica vivida no país. No campo, os grupos camponeses sulistas exigiam a realização de uma reforma agrária”.⁸²⁰ Diante disso, “as difíceis circunstâncias fizeram cinco governos ascenderem e caírem entre 1919 e 1922”. Nesse ínterim, em 1919, Benito Mussolini fundou⁸²¹ o partido nacional fascista.⁸²²

O fascismo⁸²³ italiano, eminentemente nacionalista e com características do cesarismo romano⁸²⁴, estava pautado sob uma dupla reação: a primeira era combater o liberalismo decadente que ocasionara uma desintegração econômica no país; a segunda foi guerrear contra e reprimir a infiltração do comunismo⁸²⁵ internacionalista que eclodia pelo mundo e derivava principalmente da URSS⁸²⁶,

⁸¹⁹ TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**.

⁸²⁰ SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸²¹ “Em clima de total insatisfação, vários movimentos políticos se organizaram na Itália, dentre eles o Fascio de Combate, que teve como um de seus fundadores Benito Mussolini, conhecido jornalista e agitador político”. TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**.

⁸²² DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 97.

⁸²³ “Na Itália, o partido fascista era um partido de classe média que ascendeu à ditadura na luta contra partidos proletários. A palavra ‘fascismo’ – como ‘bolchevismo’ – veio a ser usada como nome de um tipo de governo, a saber, a ditadura de um partido de classe média. O Estado nacional-socialista da Alemanha pertence a esse tipo”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 431.

⁸²⁴ “A palavra ‘fascio’ significa feixe. O fascismo se apropriou do símbolo de poder dos magistrados da Roma Antiga, o feixe de varas, que representava a união do povo em torno da justiça do Estado. O objetivo era evidente: retomar a história do povo italiano, sugerindo que a Itália poderia voltar a ser o Império Romano da Antiguidade.” TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**.

⁸²⁵ “De um lado, os socialistas eram favoráveis a um processo reformador que traria a mudança por vias estritamente partidárias. Do outro, os integrantes das facções comunistas entendiam que reformas profundas deviam ser estimuladas. O processo de divisão ideológica das esquerdas acontecia enquanto os setores conservadores e da alta burguesia pleitearam apoio ao Partido Nacional Fascista. Os fascistas, liderados por Benito Mussolini, louvavam uma ação de combate contra os focos de articulação comunista e socialista. Desse modo, o ‘*fasci di combattimento*’ (fascismo de combatimento) passou a atacar jornais, sindicatos e comícios da esquerda italiana”. SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸²⁶ A Itália foi o primeiro país a assistir à ascensão de um movimento antibolchevique, antissocialista, nacionalista, corporativo e violento. O embrião do que viria a ser o Partido Nacional Fascista foi fundado em 1919, em Milão, pelo ex-socialista Benito Mussolini. DEUTSCHE WELLE. **1945:**

situando-se o fascismo, por conveniência, em uma posição intermediária entre o coletivismo e o individualismo ao permitir, de certa forma, o grupismo diante do reconhecimento da existência de corporações⁸²⁷ que integravam a base do partido fascista, trazendo, assim, mais adeptos aos seus ideais.⁸²⁸

O partido fascista italiano estava organizado⁸²⁹ de maneira militar, por intermédio de uma milícia⁸³⁰, denominada camisas negras⁸³¹, liderada por Mussolini, que empreendeu em 1922 a marcha⁸³² sobre Roma destituindo o Poder do rei, que, diante da inutilidade em opor eventual resistência, nomeou-o⁸³³ presidente do conselho de ministros.⁸³⁴

Quando o partido fascista assumiu o Poder em 1922, não havia uma doutrina pré-estabelecida, e a incerteza de princípios desorientou inicialmente a opinião pública⁸³⁵, não obstante Mussolini já ter lançado anteriormente seus

Execução de Mussolini. Artigo digital. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1945-execu%C3%A7%C3%A3o-de-mussolini/a-310885>. Acesso em: 15 set. 19.

⁸²⁷ “A primeira atitude – corporativismo totalitário – foi assumida pelo Estado fascista. Nos termos da “Carta do Trabalho”, promulgada em 1927, os sindicatos ou corporações tornaram-se órgãos do estado. Os sindicatos ou corpos menores agrupavam-se em doze grandes corporações (seis de patrões e seis de operários). No topo dessa organização situava-se o Ministério das Corporações. O Estado era a soma de todas as corporações, uma supercorporação que absorvia toda a vida social, política e econômica, exercendo o supremo controle através do Grande Conselho Fascista. A câmara dos Deputados era formada por representantes eleitos pelas corporações e pelas grandes confederações sindicais”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 374.

⁸²⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 173.

⁸²⁹ “Sustentado por esses grupos, Mussolini ameaçou um levante contra o governo, assumiu o poder em 1922 e dominou a Itália até 1943”. DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini**.

⁸³⁰ “A criação da milícia é o fato fundamental, inexorável, que pôs o governo em um plano absolutamente diverso de todos os precedentes, criando um regime. O partido armado conduz ao regime totalitário”. MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. Edição eletrônica. p. 63.

⁸³¹ “Inicialmente, o partido era integrado pelos *fasci di combattimento*, grupos de combate compostos por ex-soldados, marginais e desocupados (chamados ‘camisas pretas’), que tinham por objetivo reprimir manifestações operárias”. DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini**.

⁸³² “Criando uma força miliciano conhecida como “camisas negras”, os fascistas ganharam bastante popularidade em meio às contendas da economia nacional. A demonstração de poder do movimento deu-se quando, em 27 de outubro de 1922, os fascistas realizaram a Marcha sobre Roma. A manifestação, que tomou as ruas da capital italiana, exigia que o rei Vitor Emanuel III passasse o poder para as mãos do Partido Nacional Fascista. Pressionado, a autoridade real chamou Benito Mussolini para compor o governo”. SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸³³ “Em 1922, o rei italiano Vitor Emanuel III convidou Mussolini para integrar o governo, e Mussolini pouco a pouco passou a assumir poderes ditatoriais (*sic*)”. DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 97.

⁸³⁴ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 174.

⁸³⁵ “Ele pretendia reviver um império como o romano e para isso invadiu a Etiópia. Tornou-se ditador a

fundamentos teóricos no campo revolucionário⁸³⁶. O Estado, para ele, detinha conceito absoluto, conforme destacado por Hobbes em *O Leviatã*, diante do qual indivíduos e grupos eram relativos e só existiam enquanto estivessem dentro do Estado, devendo este se sobrepôr, inclusive, à autoridade familiar.⁸³⁷ Por ser do tipo totalitário, “no Estado fascista, não existem os indivíduos, que só são ‘pensáveis’ dentro do grande Eu, único e verdadeiro, para o qual tudo se converge e ao qual tudo se subordina⁸³⁸”.

Devidamente inseridos nas esferas do Poder político central, os fascistas conseguiram colocar em prática seu projeto autoritário e centralizador. Já nas eleições de 1924, conquistaram a maioria do parlamento e foram acusados pelos socialistas de terem fraudado o processo eleitoral, quando estes “denunciaram a estratégia antidemocrática fascista. Em resposta, o socialista Giacomo Matteotti foi brutalmente assassinado por partidários fascistas”.⁸³⁹

O fascismo pôs fim à luta de classes, instituindo corporações com todos os membros da escala de produção, sem distinção entre empregados e empregadores, onde todas elas estariam sujeitas ao rígido controle por integrarem a base do único partido político. O partido, então, deixa de ser um órgão de simples representação, e passa a constituir o depositário da confiança nacional e intérprete exclusivo da vontade popular. “O Partido Nacional Fascista era ao mesmo tempo Estado, nação, governo e organização produtiva”.⁸⁴⁰

Embora oportunista diante da ausência de doutrina constitutiva, o fascismo teorizou um sistema peculiar ao preceituar ser o Estado, personificado no

partir de 1925. O regime valeu-se do ‘perigo vermelho’, o medo dos patrões e das classes médias frente ao comunismo soviético, para obter mais apoio”. DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini**.

⁸³⁶ “Esse movimento, fundado em Milão, em março de 1919, não tinha ainda o perfil político-ideológico que iria assumir anos depois. Nas palavras do próprio Mussolini: ‘Não temos uma doutrina pronta; nossa doutrina é a ação!’”. TURCI, Érica. **Fascismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**.

⁸³⁷ MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**.

⁸³⁸ MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**.

⁸³⁹ SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸⁴⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 175.

partido fascista⁸⁴¹, criador exclusivo do direito e da moral, e os homens não deterem mais direitos além daqueles concedidos a eles pelo Estado. Todos os cidadãos e seus bens são pertencentes ao Estado; os opositores são considerados traidores e submetidos à justiça absolutamente controlada pelo executivo, inexistindo limites⁸⁴² morais ou materiais a essa autoridade.⁸⁴³ A doutrina de Maquiavel – O Príncipe – servia de amparo ao governo.⁸⁴⁴

Sem embargo, eram órgãos⁸⁴⁵ constitucionais do Estado fascista a coroa, o chefe do governo, o grande conselho do fascismo, o senado, a câmara e os ministros. O rei, de maneira perspicaz e aos moldes do parlamento e da monarquia inglesa, foi mantido no cargo, conservando, assim, as tradições sem romper de maneira imanente a consciência do povo, conquistando, assim, apoio popular. A câmara de representação nacional foi transformada em câmara corporativa, “órgão técnico e consultivo, constituído de 400 membros eleitos pelas associações profissionais”. Toda a organização estatal, contudo, apoiava-se na milícia civil e voluntária mantida pelo partido, que lhe deu o nome de “ordem” com a lei de 9 de dezembro de 1928.⁸⁴⁶

Essa unidade moral, política e econômica fascista foi publicada na Carta

⁸⁴¹ “O Partido é tudo. Fiéis ao Partido, os sindicatos participam, reflexamente, da sua onipotência. [...] Ainda e sempre, é o Partido a sintetizar o regime. E, se soubermos que o Partido se resume na pessoa do chefe, concluiremos que o totalitarismo fascista é sinônimo de imenso poder unipessoal”. MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. p. 65/6.

⁸⁴² “[...] tendo em suas mãos os fios condutores das corporações e dos sindicatos, o Estado dirige a economia, anula a luta de classes, suprime todas as liberdades, e cria um nacionalismo exagerado, cujo aspecto mais impressionante é o das autarquias econômicas”. MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. p. 104/5.

⁸⁴³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 173.

⁸⁴⁴ “Os órgãos de imprensa foram fechados, os partidos políticos (exceto o fascista) foram colocados na ilegalidade, os camisas negras incorporaram-se às forças de repressão oficial e a pena de morte foi legalizada”. SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸⁴⁵ “MUSSOLINI é o chefe do governo, chefe do partido Fascista e do seu Grande Conselho e responde, apenas nominalmente, perante o rei. O professor RÁO lembra que 'os juristas italianos, os que seguem e aprovam a nova forma de Estado, sentem-se, eles próprios, transtornados, ante tão grande soma de poderes nas mãos de um homem. O professor JEMOLO, por exemplo, que ensina Direito Constitucional na Universidade de Bolonha, reconhece e confessa a dificuldade de classificar juridicamente a figura política do 'Dulce', pois, diz ele, não se sabe ainda ao certo se a ascendência hoje, exercida pelo chefe do governo é uma resultante jurídica do cargo, ou, em boa parte, consequência... do prestígio pessoal de Mussolini. E lança, então, à consideração dos leitores a hipótese, que lhe não repugna, de se considerar o primeiro ministro... como um segundo chefe de estado”. MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. p. 66.

⁸⁴⁶ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 175.

do Trabalho⁸⁴⁷, em 1927. O coletivismo nacionalista, abrindo espaço para o grupismo, vem estampado logo em seu primeiro dispositivo, obtemperando que a “Nação Italiana é um organismo que tem fins, vida e meios de ação superiores aos dos indivíduos, individualmente ou em grupos, dos quais é composta. É uma unidade moral, política e econômica, realizada inteiramente no Estado Fascista.”

Está na Carta também o assentamento do corporativismo⁸⁴⁸ de Estado, tipicamente fascista, permitindo que a sociedade se organizasse em corporações e assim participasse da política, representando interesses da coletividade, mas não individuais. Da mesma forma a associação patronal e sindical, mas que se submetiam ao controle direto do Estado. O trabalho, perante a Carta, foi considerado um dever social, com a existência de contratos coletivos e restrição ao direito de greve. Eram incentivados os meios de produção privados, e a intervenção do Estado na produção econômica só poderia ocorrer quando esta estivesse em falta ou fosse insuficiente, pondo em risco os interesses do próprio Estado. No campo jurisdicional⁸⁴⁹, a Carta criou a magistratura do trabalho como órgão pelo qual o “Estado intervém a regular as controvérsias do trabalho, seja pela observância dos acordos e de outras normas existentes, seja pela determinação de novas condições de trabalho”.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ **Carta del lavoro (21 aprile 1927)**. Disponível em: <http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/codificazione/cartalavoro.pdf>. Acesso em: set. 19. E: Disponível em: <http://www.tie-brasil.org/Documentos/Carta%20del%20Lavoro.html>. Acesso em: set. 19.

⁸⁴⁸ “Por conseguinte, as corporações são nacionais, unitárias, totalitárias, abertas e não exclusivas. São nacionais, porque combatem o cosmopolitismo democrático; os direitos das minorias alienígenas não são contestados, mas adaptados. São unitárias, porque a sua função nacional é una e indivisível, ao contrário da corporação medieval, que era regional e estanque. São totalitárias, por abrangerem todas as atividades do país. São abertas, pois nelas podem ingressar todos, respeitadas as condições de admissão. Finalmente, não são exclusivas, pois a mesma pessoa pode pertencer a duas, ou mais corporações. As corporações compreendem, assim, não apenas os círculos econômicos, mas também os demais, como a Igreja, o exército, a magistratura, as instituições científicas, etc., todos com o direito de enviar representantes a um grande Parlamento Corporativo”. MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. p. 94/5.

⁸⁴⁹ “[...] não conseguindo assim impedir a introdução em nosso país, durante o fascismo, do ‘tribunal especial para a defesa do Estado’”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 545

⁸⁵⁰ **Carta del lavoro (21 aprile 1927)**. Disponível em: <http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/codificazione/cartalavoro.pdf>. Acesso em: set. 19. E: Disponível em: <http://www.tie-brasil.org/Documentos/Carta%20del%20Lavoro.html>. Acesso em: set. 19.

A Carta do Trabalho serviu como modelo de legislação trabalhista em diversos lugares do mundo. São incontáveis as vantagens apresentadas pelo corporativismo orgânico, especialmente no campo da economia, mas não ao ponto de justificar o regime implantado pela ditadura fascista, que de mãos dadas com as forças capitalistas dominantes entronizou violência⁸⁵¹ internamente como método de governo e internacionalmente arrastou o povo italiano para uma autêntica catástrofe.⁸⁵²

Enquanto a I Guerra Mundial proporcionou um ambiente favorável ao surgimento do fascismo, foi justamente a II Guerra que auxiliou na sua queda.

Quando a Itália declarou guerra à Inglaterra e França, em junho de 1940, tinha munição para menos de dois meses de combate, mas Mussolini se entusiasmou com as vitórias da Alemanha e obteve apoio local do rei Emanuel III e das forças armadas para apoiar o eixo, acreditando que a solução contra os aliados seria breve.⁸⁵³

As investidas da Itália na guerra foram desastrosas, tendo que se socorrer frequentemente ao auxílio alemão. O fim da guerra tardou mais do que o esperado por Mussolini, e em 1942 a Alemanha começou a sofrer as primeiras derrotas. Em 1943, as forças do eixo se renderam na Etiópia, gerando cerca de 200.000 italianos prisioneiros de guerra. Logo na sequência, os aliados invadiram o território sul italiano. O quadro político de suporte popular se reverteu em desfavor de Mussolini. A população começou a destruir os símbolos fascistas nas ruas e exigir a libertação dos prisioneiros condenados pelo tribunal fascista. Esses fatores⁸⁵⁴, aliados às

⁸⁵¹ “O Estado fascista, contando com tantos poderes, aniquilou grande parte das vias de oposição política. Entre os anos de 1927 e 1934, milhares de civis foram mortos, presos ou deportados”. SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**.

⁸⁵² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 176.

⁸⁵³ TURCI, Érica. **Fascismo italiano - Segunda Guerra Mundial**. Artigo digital. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/fascismo-italiano---segunda-guerra-mundial-declinio-republica-de-salo-e-derrota.htm>. Acesso em: 5 set. 19.

⁸⁵⁴ “A história de Benito Mussolini (1883-1945) confunde-se com a do movimento fascista italiano. Seu fim começou no verão europeu de 1943, quando os Aliados desembarcaram na Sicília. No dia 25 de julho daquele ano, o órgão máximo do fascismo decidiu derrubar e prender o ‘Duce’, por causa de seus fracassos militares”. DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini**. Artigo digital.

denúncias de corrupção, fizeram o rei e o grande conselho fascista retirarem o apoio e transferir o cargo de chefe ao marechal Pietro Badoglio.⁸⁵⁵

Mussolini foi preso em 25 de julho de 1943. O rei Emanuel III assinou o armistício em setembro de 1943, rendendo-se aos aliados. Ele inverteu o quadro e declarou guerra ao nazismo⁸⁵⁶, fugindo em seguida de Roma, que foi tomada pelos partigiani, grupo da resistência italiana que lutava contra o eixo. A Itália ficou dividida em dois blocos: ao sul e ao centro, sob domínio dos aliados; ao norte, sob comando dos nazistas.

Em abril de 1945, Mussolini e sua amante Clara tentaram fugir para a Suíça, mas no trajeto foram capturados pelos partigiani, sumariamente julgados e mortos, sendo expostos na *Piazzale Loreto*, em Milão. Em 2 de maio de 1945, os nazistas se renderam na Itália, findando, dessa forma, concomitantemente a longa ditadura fascista. “Em 1946, a monarquia foi substituída pela República; e, em 1947, a Itália assinou os tratados de paz, comprometendo-se a abrir mão da Etiópia e da Albânia, além de perder suas colônias⁸⁵⁷”.

3.4.3 Estado nazista alemão

Não houve no mundo um único fascismo, mas sim diversos e diferentes e alguns de seus elementos poderiam ser encontrados em qualquer dos regimes políticos europeus das décadas de 1920 e 1930 e também nas décadas posteriores com as ditaduras militares de “segurança nacional” na América Latina.⁸⁵⁸

O fascismo criado por Mussolini na Itália foi apenas o ponto de partida para o desenvolvimento de uma política de extrema direita que se multiplicou a partir da I Guerra Mundial a par dos movimentos de exaltação nacionalista em oposição à

Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1945-execu%C3%A7%C3%A3o-de-mussolini/a-310885>. Acesso em: set. 19.

⁸⁵⁵ TURCI, Érica. **Fascismo italiano - Segunda Guerra Mundial Artigo digital.**

⁸⁵⁶ DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini.**

⁸⁵⁷ TURCI, Érica. **Fascismo italiano - Segunda Guerra Mundial Artigo digital.**

⁸⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 51.

derrocada da liberal democracia, que também não conseguia mais resistir à ameaça do imperialismo internacionalista russo. Foi nessa conjuntura que emergiram os “homens providenciais”, manipuladores das massas e que se apresentavam como salvadores das nações no conjunto heterogêneo de “*Estados Novos*”, “todos galhos de um mesmo tronco, que é o fascismo, do qual receberam a seiva de que precisavam para a sua floração doutrinária”.⁸⁵⁹

Não obstante as inúmeras diferenças entre eles, valeram-se esses ditadores da ideia de unificação da pátria por meio do culto às tradições, postergando a implementação da livre concorrência e a expansão do *laissez-faire*, *laissez-passer* do liberalismo, pautando a coletividade sobre o indivíduo. Como ponto em comum a todos eles, os Estados por eles dirigidos concentravam todo o Poder nas mãos do chefe supremo, ante a existência de partido político único; restringiam as liberdades por meio da censura, implementavam dirigismo econômico, enalteciam o interesse coletivo sobre o individual e pregavam o estatismo, nacionalismo ou racismo como objetivo moral do Estado.⁸⁶⁰

São exemplos do fascismo derivado existente entre as duas grandes guerras: o Estado turco – kemalismo; o Estado polonês – pilsudskismo; o Estado português – salazarismo; o Estado argentino – justicialismo; e o Estado novo brasileiro – getulismo. Mas sem dúvida o maior expoente do fascismo italiano foi o nazismo alemão.

A Alemanha saiu derrotada da I Guerra Mundial⁸⁶¹. Da mesma forma que outros países, sua precária economia foi abalada ainda mais diante dos efeitos do combate.

⁸⁵⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 181.

⁸⁶⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 182.

⁸⁶¹ “Esse arranjo psicológico levou a que, na Primeira Guerra Mundial, houvesse grande entusiasmo pelo imperador e pela pátria e, simultaneamente, um profundo desprezo pela democracia, de forma que as ideias de ‘1914’ eram colocadas contra as ‘ideias de 1789’. A ideia de 1789 era o Estado Constitucional Democrático. A ideia de 1914 ia em direção ao desprezo pelo Estado Constitucional pelos alemães, que fracassaram nos seus esforços pelo Estado Constitucional Democrático e tinha se identificado com o seu denegridor, encontrando então oportunidade de, através da guerra contra as democracias ocidentais, participar de seu triunfo”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 432.

Do ponto de vista estrutural, a Alemanha deixou de ser um império para se transformar em uma república, denominada república de Weimar, sedimentada em uma constituição que abandonou o império para instaurar um sistema parlamentarista de governo. A república de Weimar existiu entre os anos de 1919 e 1933.

Nesse breve período histórico, a Alemanha não conseguiu superar as dificuldades geradas pelo liberalismo e via se aproximar a infiltração comunista como onda renovatória a partir da Rússia – não obstante a constituição de Weimar estampar e conferir à população inúmeros direitos sociais. A inflação nesse ínterim era calamitosa. Em menos de cinco anos – por volta do ano de 1923⁸⁶² – o marco alemão perdeu mais de 90% do seu valor, acabando por gerar uma degeneração moral associada a uma corrupção até então não percebida no seio alemão, assim como o aparecimento de novos ricos com origem duvidosa, deixando a população insatisfeita com o governo.

No ano de 1919, Hitler aderiu a um pequeno grupo político denominado partido trabalhista alemão, que defendia o bem-estar da população, a anulação dos tratados de paz e a exclusão dos judeus da comunidade. Sem muito tardar, Hitler, com sua capacidade de oratória, passou a influenciar o grupo, sendo determinante, inclusive, para a mudança do nome do partido para nacional-socialista dos trabalhadores alemães⁸⁶³ – ampliando a identificação com futuros eleitores – cujo nome abreviado era nazi⁸⁶⁴ (*nationalsozialist*). Foi a partir de então, da mesma forma como ocorreu com o fascismo italiano, que ao partido foram incorporadas milícias civis constituídas principalmente por soldados deserdados do exército alemão que lutaram na I Guerra – o Tratado de Versalhes limitou o exército alemão a 100.000 homens –, uma organização paramilitar denominada SA (e também camisas pardas), encarregada de dar proteção aos membros do grupo mas também promover arruaças nas reuniões dos outros partidos políticos.

⁸⁶² THALMANN, Rita. **A República de Weimar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

⁸⁶³ *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* - N.S.D.A.P.

⁸⁶⁴ BEZERRA, Juliana. **Revolução Russa (1917)**.

Essa duplicidade de ação legal partidária e ilegal por meio dos “camisas pardas” está enraizada na história do nacional-socialismo muito antes de Hitler entrar no poder; além da desordem, a SA praticava ilícitos extremos, como assassinatos, que continuaram e se agravaram durante o nazismo.⁸⁶⁵

Em 1921, aos 33 anos de idade, Hitler se tornou o chefe do partido, que detinha apenas três mil filiados. Em 1923, em uma tentativa frustrada de tomar Munique, Hitler foi preso e condenado a 5 anos de prisão, quando, nesse período, escreveu⁸⁶⁶ sua obra *Mein Kampf*⁸⁶⁷. Já nesse período, Hitler contava com diversos simpatizantes, e sua pena, amenizada, foi cumprida em uma espécie de cela especial, permitindo a ele certo conforto e a possibilidade de continuar seus projetos políticos.⁸⁶⁸

Ao sair da prisão, Hitler refundou o partido, espelhado no fascismo e no bolchevismo. Criou uma estrutura administrativa hierárquica, um jornal e instituiu a “SS” em substituição à “SA”. A partir de 1929, quando nos Estados Unidos “a Grande Depressão, uma severa crise econômica, entrou em cena, cujos efeitos logo se espalharam por outras partes do mundo⁸⁶⁹”, lançou seus reflexos⁸⁷⁰ também na Alemanha provocando o descontentamento generalizado da população, as empresas capitalistas passaram a dar apoio ao partido de Hitler como forma de

⁸⁶⁵ “This duplicity of legal and illegal action is deeply rooted in the history of National Socialism. Long before Hitler came into power, his party had a double policy. Legally it took its place as an organized political party under the Weimar Republic, was represented in the Parliament, published newspapers and prop-aganda literature, etc. Illegally it used the Storm Troop and Special Guards armies for purposes of terror, planned the overthrow of the government by force, caused street riots and committed assassinations. After coming into power, this old duplicity was preserved in a system of both legal and illegal administration. Lastly this shows that Law as such is irrelevant for tyrants and is used by them merely as one of several tools of power”. HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. p. 389.

⁸⁶⁶ “Mas, afinal, de que se trata *Mein Kampf*? Combinação de autobiografia, manifesto ideológico e resumo de informações tiradas de diversos livros e panfletos políticos, o libelo do Führer se fundamenta em uma profusão de preconceitos sexistas, racistas, xenófobos e antisemitas, trata da guerra e da revolução nazista e justifica as aspirações de liderança de Hitler”. PAZ, Eliane Hatherly. **Mein Kampf**, 2016. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/lead-producaoeditorial/wp-content/uploads/2015/08/Mein-Kampf.pdf>. Acesso em: 26 set. 19.

⁸⁶⁷ HITLER, Adolf. **Minha luta**. Título original: *Mein Kampf*, 1925. Disponível em: https://archive.org/details/meinkampf_minha_luta/page/n1. Acesso em: 25 set. 19.

⁸⁶⁸ BEZERRA, Juliana. **Nazismo**. Artigo virtual. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/nazismo/>. Acesso em: 12 set. 19.

⁸⁶⁹ DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. p. 96.

⁸⁷⁰ BRENER, Jayme. **1929: A crise que mudou o mundo**. São Paulo: Ática, 1996. p. 9.

coibir a expansão do partido comunista alemão. Nessa época, a Alemanha tinha pouco menos da metade do total de seus trabalhadores desempregados.

Nas eleições de 1932, Hitler saiu derrotado ao pleito presidencial, mas seu partido obteve ampla maioria no parlamento, restando claro, dessa forma, que a grande depressão econômica transformou Hitler, antes periférico, em um destaque da política nacional⁸⁷¹. No ano seguinte, já não conseguindo mais conter as massas, o então presidente Hindenburgo nomeou Hitler como chanceler⁸⁷², alcançando, dessa forma, os nacionais-socialistas ao Poder, que foi solidificado no ano posterior com a morte de Hindenburgo, quando então Hitler concentrou na sua pessoa todo o Poder do Estado, instalando, assim, a ditadura nazista, com a abolição dos estados federados, a imposição da suástica e da bandeira nazista como símbolos do Estado, e com o preenchimento dos cargos públicos pelos integrantes do partido.⁸⁷³

Apesar do Império Alemão – assim denominado à época – estar pautado por uma democracia parlamentarista constitucional, a notória constituição de Weimar era muito criticada e não contava com aprovação popular, especialmente diante do fato de ter sido elaborada pelos mesmo congressistas da assembleia que ratificou o Tratado de Versalhes. A explosão da inflação, o elevado índice de desemprego e a flexibilidade da constituição diante da inexistência de limites à sua reforma permitiram a transição suave do regime socialdemocrata ao regime nazista, sem solução de continuidade.⁸⁷⁴

Foi nesse contexto, particularmente semelhante ao que ocorreu na Itália, que o nazismo foi sedimentado, em oposição à decadência liberalista e ao

⁸⁷¹ HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 132.

⁸⁷² "É possível duvidar que os generais reunidos tenham percebido que aqui já surgia a possibilidade de uma guerra de extermínio ideologicamente racista contra a União Soviética. [...] luta contra o 'marxismo' e o pacifismo, revisão do Tratado de Versalhes, armamento forçado, reerguimento do reconhecimento mundial alemão [...]. A parceria fundada em 3 de fevereiro de 1933 entre Hitler e as lideranças das forças do Reich foi vantajosa para os dois lados: o chanceler do Reich pôde começar a oprimir violentamente a esquerda e encaminhar os fracos no sentido da cooperação". ULRICH, Volker. **Adolf Hitler: os anos de ascensão: 1889-1939**. Barueri, SP: Amariyls, 2015. Título original: *Adolf Hitler: band: Die Jahre des Aufstiegs 1889-1939*. Vários tradutores. p. 363.

⁸⁷³ BEZERRA, Juliana. **Nazismo**.

⁸⁷⁴ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.39.

socialismo⁸⁷⁵. Eram comuns ao fascismo e ao nazismo a inspiração filosófica de Hegel e Nietzsche; a exaltação da força e da ordem como um valor em si; o transpersonalismo e o culto ao chefe “(levando ao *Führerprinzip*)”; o governo da minoria e a ditadura ideológica implementada por meio do partido único – “o que aproximava bastante os sistemas políticos fascistas dos sistemas políticos marxistas-leninistas”.⁸⁷⁶

Desde o início da ditadura de Hitler, muitos oficiais de guerra mais experientes fecharam os olhos para o crescente terror nazista. As forças armadas, sob o comando do estado-maior geral personificado na pessoa do ditador, sempre foi um instrumento fiel de sua tirania. Nos primeiros momentos inebriantes das vitórias em combate, muitos oficiais ansiavam por fama, reconhecimento, promoções e recompensas, pouco se importando com as consequências de seus atos.⁸⁷⁷ O nazismo não encontrou resistência de onde poderia se esperar.

De maneira ainda mais acentuada do que no fascismo, imperava no nazismo o coletivismo em detrimento ao individualismo. Hitler aniquilou inteiramente a personalidade humana e anulou todos os valores individuais. A igualdade perante a lei foi substituída pela igualdade de deveres e pela prevalência do bem comum sobre o bem individual. No campo econômico, estabeleceu que a totalidade dos alemães formava uma única comunidade econômica, e que o serviço público militar

⁸⁷⁵ “No entanto, Hitler não achava oportuno um procedimento tão brutal contra os comunistas logo no início de seu mandato de chanceler. ‘Ele temia como consequência de uma eventual proibição do KDP pesadas batalhas políticas e até mesmo uma greve geral [...]’, pontuou aos colegas de gabinete. Além disso, seria ‘simplesmente impossível proibir as 6 milhões de pessoas que apoiavam o KDP”. ULRICH, Volker. **Adolf Hitler: os anos de ascensão: 1889-1939**. p. 361.

⁸⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

⁸⁷⁷ Em complemento: “Apenas alguns estavam dispostos a prestar atenção nas palavras de advertência do general Beck: ‘a obediência de um soldado tem limites, que é quando o conhecimento, a consciência e a responsabilidade’ proíbem o cumprimento de uma ordem. Entretanto, poucos tiveram coragem de oferecer resistência ativa contra os criminosos que controlavam o país. Visando apenas ascender na carreira, a maioria dos militares mais experientes se apegou ao conceito de dever e à tradicional obediência de um soldado. Como o teólogo Dietrich Bonhoeffer previu, ‘O homem que é guiado por deveres acabará servindo ao próprio diabo’. Tal profecia viria a ser materializada pela elite militar da Alemanha nazista”. KNOPP, Guido. **Guerreiros de Hitler**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Título original: *Hitlers Krieger*. Tradução: Vivian Mannheimer. p. 5.

gratuito para a pátria era obrigatório e dignificante.⁸⁷⁸

Mas à doutrina alemã acresciam-se outras duas finalidades: “desvencilhar a Alemanha das cláusulas asfixiantes do Tratado de Versalhes e impor a supremacia da raça ariana”.⁸⁷⁹

Pregando o “pangermanismo”, o partido nacional nazista se tornou a própria personificação do Estado, sendo o mais elevado e incontestável poder, ao que estavam subordinadas todas as atividades públicas e privadas. O partido reeducou as massas e criou a “juventude hitlerista”; ergueu obras públicas e desenvolveu a atividade bélica do país; atuou de maneira robusta no cenário internacional para desfazer as cláusulas que considerava humilhantes ao povo alemão dispostas no Tratado de Versalhes, ocasionado, com isso, a II Guerra Mundial.⁸⁸⁰

Com relação ao racismo, editou a lei de esterilização, válida a partir de janeiro de 1934, fixando uma ideia racial de divisão entre alemães e não alemães, pela pureza da raça ariana, especialmente contra os judeus⁸⁸¹. Era um racismo político, diferente daquele observado no fascismo italiano. Enquanto na Itália Mussolini almejava o restabelecimento do império romano (romanidade), Hitler, em uma visão romântica, cultuava as origens germânicas. O fascismo considerava a raça uma comunidade de sentimentos; o nazismo, uma comunidade de sangue (consanguinidade). Para o fascismo, o império detinha uma conotação política de dominação-colonização, porquanto no nazismo uma preponderância racial. Mussolini anexou a Etiópia ao seu território durante a II Guerra por uma política expansiva de conquista; Hitler anexou a Áustria à Alemanha no sentido unitarista da raça germânica na luta contra os não arianos, estendendo o nazismo mesmo nos

⁸⁷⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 178.

⁸⁷⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 177.

⁸⁸⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 178.

⁸⁸¹ “O Kaiser, como Hitler, considerava o bolchevismo uma conspiração judaica mundial contra a Alemanha que deveria ser impiedosamente combatida”. MAZOWER, Mark. **O império de Hitler: a Europa sob o domínio nazista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Tradução de Claudio Carina e Lucia Boldrini. Título original: *Hitler's Empire: Nazi Rule in Occupied Europe*. p. 68.

países onde havia uma minoria étnica alemã.⁸⁸²

Por isso, o sistema jurídico penal alemão pode ser resumido na sustentação de seis pilares: a abolição de todas as garantias constitucionais à liberdade; substituição da legislação parlamentar por decretos governamentais; criação de novos delitos até então desconhecidos, para promover a perseguição política, religiosa e racial; aumento da severidade da punição, desproporcionalidade entre delito e pena e instituição da pena de morte; dualismo de punições por meio do sistema legal e “extrajudicial”. Além disso, era permitida a condenação criminal por atos que ofendessem o bom senso do povo, mesmo que inexistisse previsão de tipo penal para tanto.⁸⁸³

A partir de então, o governo nazista criou uma duplicidade peculiar de punições legais e extralegais. A primeira por intermédio de tribunais regulares, em julgamentos sob certas condições formalmente legais. A segunda, diante da insuficiência estrutural do sistema “legal” para consecução do regime de terror, o sistema extralegal de julgamentos sumários e punições imediatas era efetivado pela *gestapo*, a polícia secreta alemã hitleriana, cujas ações eram ditadas unicamente pela conveniência política independentemente da lei.⁸⁸⁴

Assim como o fascismo, a II Guerra Mundial também pôs fim ao nazismo alemão. As condutas vislumbradas nesse ínterim nas duas ditaduras são, de certa forma, muito semelhantes, notadamente com relação à violência interna⁸⁸⁵ e externa,

⁸⁸² MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 179.

⁸⁸³ “*The penal legislation of the Hitler government since 1933 maybe summarized under the following aspects: I. Abolition of all constitutional guarantees for the freedom of innocent citizens. II. Legislation by government decrees. III. Creation of new and hitherto unknown criminal offenses in order to promote political, racial and religious persecution. IV. Increase in the severity of punishment; increased use of the death penalty. V. Creation of new punishments. VI. Dualism of legal and extra-legal punishment*”. HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. p. 386.

⁸⁸⁴ HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. p. 390.

⁸⁸⁵ Exemplo do funcionamento da jurisdição nazista: “Após 20 de julho, contudo, ele foi alvo de uma ‘limpa’. O homem que mexia os pauzinhos nos bastidores era seu inimigo pessoal de longa data, Martin Bormann, para quem o ‘general favorito do Führer’ era irritante. Em outubro de 1944, Hitler mandou dois generais à casa de Rommel. Eles lhe apresentaram uma escolha difícil: suicídio seguido de um funeral de Estado ou um julgamento diante do ‘júri popular’ a e represálias contra sua família. Rommel optou pelo fim da própria vida”. KNOPP, Guido. **Guerreiros de Hitler**. p. 6. Sobre o “júri popular”, em nota de rodapé: “Tribunal de honra instituído pelos nazistas para

mas difere o nazismo pela busca da hegemonia racial, que resultou, antes de sua derrocada em 1945, no extermínio em massa de ciganos, negros, homossexuais e principalmente judeus. Entre os meses de agosto a outubro de 1942, foram assassinados cerca de 1,47 milhões de judeus pelo regime nazista durante o holocausto⁸⁸⁶; ao todo, por volta de 6 milhões de judeus. Estima-se que ao total, entre civis e militares, a II Guerra Mundial tenha contabilizado mais de 60 milhões de mortos. Em 30 de abril de 1945, cercado pelas tropas soviéticas, Hitler e sua esposa Eva Braun se suicidaram em seu bunker em Berlin; ela com a ingestão de uma cápsula de cianureto, ele com a cápsula e um tiro da cabeça; seus corpos foram carbonizados para não serem reconhecidos – segundo a versão mais aceita⁸⁸⁷.

3.5 ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO –⁸⁸⁸ JUDICIÁRIO⁸⁸⁹

Diversificados sistemas jurídicos, em diferentes circunstâncias históricas, no curso da sedimentação do Estado constitucional, influenciados por ideias e valores semelhantes, produziram teorias políticas e mecanismos de controle do Poder público estatal, todos eles complexos mas em regra pautados pela separação funcional de poderes entre os órgãos públicos. Com o desenvolvimento da sociedade, às distribuições das funções e separação dos poderes acresceu-se a necessidade de organização estatal, inclusive da limitação ampla de seus

investigar os suspeitos de conspirar contra Hitler."

⁸⁸⁶ VEIGA, Edison. **Os três meses mais terríveis da Segunda Guerra, quando foram mortos 25% de todos os judeus do Holocausto**. Artigo virtual. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46735876>. Acesso em: 16 set. 19.

⁸⁸⁷ SANTOS, Alice Oliveira dos. **Cientistas franceses desvendam mistério sobre a morte de Hitler**. Artigo virtual. Disponível em: https://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pnews&component=NewsShow&view=pnewsnewsshows&cid=628&mn=71. Acesso em: 17 set. 19.

⁸⁸⁸ *"Estado de justicia en vista de la relevância conferida a la jurisdicción"*. (ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. Madrid: Tecnos, 1986. p. 16

⁸⁸⁹ "Todavia, desde há alguns anos que se vem incutindo que o poder judicial nas democracias descontentes do início do século XXI corre o risco de se vir a assumir como não já o terceiro, mas como um primeiro poder. Se o século XIX foi o século do poder legislativo e o século XX o do poder executivo, o século XXI pode vir a ser o século do poder judicial". MENDES, Azevedo. **A organização dos tribunais e os juízes**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 416.

poderes⁸⁹⁰, pela legislação, como ocorreu com o “*Rule of Law* britânico, prosseguiu com o *Rule of Law* americano, o *Rechtsstaat* alemão – que foi a primeira forma institucionalizada do Estado de Direito – e se aperfeiçoou com o *État de droit* francês”.⁸⁹¹

“A substituição do governo das pessoas pelo governo das leis foi ponto central na história da edificação do Estado moderno e é ponto fundamental para a caracterização de regimes democráticos⁸⁹²”.

O Estado constitucional é, por excelência, um Estado democrático⁸⁹³. A ideia de um Estado democrático tem suas raízes, dessa forma, no século XVIII, sob o prisma dos valores fundamentais da pessoa humana, inspirando todos os sistemas políticos dos séculos XIX e XX constituídos de modo a efetivar aquelas aspirações. É o Estado governado pelo povo, na própria etimologia da palavra, por meio das institucionais públicas constitucionalmente destacadas.⁸⁹⁴

Nos seus primeiros estágios evolutivos, os Estados modernos constitucionais liberal e social, apesar da raiz, eram considerados Estados apenas formalmente democráticos⁸⁹⁵. Neles, não obstante a representatividade popular, o voto era censitário e não havia plena participação da população na vida política, seja pela voz restrita no parlamento preenchido de modo seletivo, seja diante da ausência de acesso à justiça, pela inexistência de algumas dimensões do direito,

⁸⁹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 122 e ss.

⁸⁹¹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 207.

⁸⁹² GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 164.

⁸⁹³ “A democracia liberal, nesse enfoque, teria sido fruto da dissociação entre o político e o econômico. Já a democracia social teria representado a tentativa de reaproximação de ambos [...]. Num terceiro tempo, estar-se-ia marchando para a democracia participativa, na tentativa de manter a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, porfiando-se pela superação do exacerbamento do Estado em detrimento da liberdade, para recuperar-se, para a sociedade, um poder de controle que a democracia liberal e social não previram e nem efetivaram [...]. É o estágio da concretização corresponsável dos signos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 354/5.

⁸⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p. 144.

⁸⁹⁵ Nesse sentido: “As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 119.

deficiência de estrutura estatal ou pela impossibilidade dos juízes acrescerem à legalidade fria os direitos humanos fundamentais na criação da norma individual.⁸⁹⁶

Enquanto no Estado liberal a ação estatal era pautada na lei como ordem geral e abstrata, sendo posteriormente durante o Estado social acrescido à juridicidade liberal um conteúdo social, no Estado democrático o escopo dessa conjuntura é a verdadeira isonomia, sendo insuficiente a mera limitação ou a simples atuação social estatal.⁸⁹⁷

Foi nessa terceira etapa evolutiva⁸⁹⁸ que o Estado conseguiu conjugar os direitos de liberdades individuais, com os direitos sociais coletivos aos direitos políticos de modo eficaz, ultrapassando a mera tentativa de unificação dos conceitos isolados de Estado constitucional e Estado democrático para criar um novo parâmetro, “que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”⁸⁹⁹.

O Estado moderno constitucional democrático surgiu lentamente após a II

⁸⁹⁶ Os direitos fundamentais são profundamente democráticos porque asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas graças à garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, capazes em geral de manter estável o procedimento democrático, e porque asseguram as condições para o funcionamento do processo democrático mediante a proteção da liberdade de opinião, imprensa, reunião e associação, assim como do direito de sufrágio e outras liberdades políticas. Diante disso, de forma antagônica, ao mesmo tempo são profundamente antidemocráticos porque desconfiam do processo democrático. Com a submissão inclusive do Legislativo privam de poder de decisão a maioria parlamentarmente legitimada. Vemos vez ou outra: a oposição perde primeiro no procedimento democrático e vence depois no areópago de Karlsruhe (Tribunal Constitucional alemão). ALEXY, Robert. ***Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático***. In: CARBONELL, Miguel, et al. ***Colección estructuras y procesos. Série derecho***. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 38.

⁸⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. ***Ciência Política e Teoria do Estado***. p. 97.

⁸⁹⁸ “Conclui-se daí que a igualdade no Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem por base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*”. SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. p. 120.

⁸⁹⁹ SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. p. 121.

Guerra Mundial; diferentemente dos Estados modernos constitucionais liberal e social, que tiveram, de certa forma, um termo anunciado – declarações derivadas das revoluções liberais e a constituição de Weimar –, não há um marco inaugural do Estado democrático. Seus elementos são de difícil determinação e mutáveis, temporal e espacialmente, por isso a elaboração de um conceito definitivo é tarefa árdua, sendo mais prudente, ao invés disso, dentro dos valores e princípios por ele adotados, estabelecer suas características⁹⁰⁰.

A legislação deixou de ser criada pelo Estado para a consecução do próprio Estado para ser criada pelo povo e para o povo⁹⁰¹, com a participação da população na coisa pública. “A imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais, o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de direitos fundamentais da constituição⁹⁰²”, tornou o Estado materialmente democrático, buscando “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana⁹⁰³”.

É uma modalidade de Estado que busca efetivar a “síntese do processo contraditório no mundo contemporâneo”, ultrapassando o “Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social”, que as anteriores democracias populares, impulsionadas sob o influxo do socialismo real não tiveram a capacidade de construir diante do monismo e do personalismo político.⁹⁰⁴ É tarefa essencial desse Estado “conseguir superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁹⁰⁵.

Com relação à justiça social⁹⁰⁶, não obstante a semelhança de objetivos

⁹⁰⁰ SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**.

⁹⁰¹ “[...] é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é *governo do povo, pelo povo e para o povo*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 128.

⁹⁰² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 95-96.

⁹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 119.

⁹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 122.

⁹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 124.

⁹⁰⁶ “Princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o

existentes nos Estados social e democrático, os dois diferem na fonte, pois, enquanto o primeiro acredita que a consecução do seu fim pode ser alcançada por intermédio da limitação aos abusos dos direitos fundamentais mediante a intervenção estatal na sociedade, refutando, assim, a consequência da problemática verificada a partir do Estado liberal, o segundo prega o combate às causas dessas desigualdades, que não teriam origem nos direitos individuais, mas sim na necessidade de transformação política e econômica através da participação efetiva da sociedade de modo a fortalecer as instituições democráticas.⁹⁰⁷

Por isso, o controle jurídico nas políticas públicas ultrapassa a mera concepção de democracia para incorporar em sua atividade a dignidade humana e os direitos fundamentais, estendendo ao cidadão direitos constitucionais ao mesmo tempo em que devem ser observadas por ele obrigações também expostas na constituição, traduzindo-se na fórmula do Estado democrático⁹⁰⁸ de direito⁹⁰⁹ - ou Estado moderno constitucional democrático.

É possível afirmar, portanto, que o Estado moderno constitucional democrático está fundado na soberania popular e sedimentado em mecanismos de sustentação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado. É, por certo, um Estado pautado por uma constituição rígida⁹¹⁰ e originada materialmente pela vontade popular, vinculadora da atividade e limitadora dos poderes do Estado. Nele há um sistema de garantia dos direitos humanos e um

socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica". SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 124.

⁹⁰⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. p. 219.

⁹⁰⁸ Conforme também orienta Canotilho, ao registrar em sua obra que a expressão atualmente pode ser utilizada com maior propriedade. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 92-93.

⁹⁰⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 346/7.

⁹¹⁰ Uma segunda mudança, não tão radical quanto a primeira que instituiu o princípio da legalidade no Estado moderno (Estado liberal), foi o surgimento das constituições rígidas, "*jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez*" – Estado constitucional. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 18.

órgão de controle dos valores fundamentais da constituição. A efetiva democracia transcende a política para atingir também a economia, a cultura e outros setores como forma de promoção da justiça social e por consequência impor a isonomia.⁹¹¹ A constituição deixa de ser apenas uma carta política para se tornar igualmente uma carta jurídica⁹¹².

Sem embargo, nessa nova concepção estatal o formal princípio da legalidade se transmuda em uma legalidade democrática, sujeitada ao império da lei, “mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”. Essa neonata legalidade não permanece apenas no campo teórico puramente normativo, influenciando também na realidade social “como desdobramento necessário da Constituição”, exercendo função transformadora da sociedade de modo a impor evoluções⁹¹³ sociais democráticas.⁹¹⁴

Objetivamente isso representa, de certa maneira, uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador, tendo em vista que a força normativa dos direitos fundamentais impõe um novo dimensionamento à atividade legislativa e ao produto dela derivado⁹¹⁵. A vontade do legislador, vinculada à vontade suprema popular, não pode se desgarrar da constituição e dos direitos

⁹¹¹ SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. p. 229.

⁹¹² “De este modo, la Constitución se concibe como marco de unidad política y jurídica, frente al pluralismo social y ordinamental (Gustavo ZAGREBELSKY, 1988, pp. IX a XII); y, a su vez, como consenso social ante la justicia, en tanto que expresión del pacto social que ella supone (Gregorio PECES-BARBA, 1984, pp. 73 y 74, y 105 y ss.)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 71, em nota de rodapé.

⁹¹³ “O erro do individualismo foi ver um e não todos; o do comunismo foi ver todos e não um. Em ambos extremos há respeitável teor de verdades [...]. Não comporta este ponto uma análise de todas ou sequer das principais teorias intermediárias, ou ecléticas, as quais podemos agrupar sob a denominação de socialismo descentralizador, tendo em vista que todas as tendências modernas caminham em sentido socialista. A esse grupo, que também podemos chamar democrático-liberalista, pertence o estado atual, que denominamos social-democrático, exposto em outro capítulo, e cujo evolucionismo o caracteriza como uma fórmula de transição para o socialismo democrático”. MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 365/6.

⁹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 123.

⁹¹⁵ “Se trata de un proceso al termino del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudência, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”. COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 81.

fundamentais. Por isso, quando a lei e a normatização ordinária não puderem ser interpretadas de acordo com esses preceitos, elas devem se submeter ao controle de constitucionalidade. “Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição”, ou, se não for possível, extirpa-la do ordenamento jurídico.⁹¹⁶

Torna-se importante destacar, nesse ponto, que a expressão “democrático” qualifica o Estado, e não o direito, acarretando, contudo e por consequência, a irradiação dos valores da democracia “sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”⁹¹⁷. Por isso, essa transformação do Estado moderno constitucional democrático transcendeu a mera participação efetiva do população na edição legislativa, como criação de regra geral e abstrata do direito, para especialmente se consolidar no acesso à justiça e participação direta do povo da criação da norma individual e específica nos tribunais, galgando, desse modo, por meio da democracia e do acesso democrático à justiça⁹¹⁸, o Poder Judiciário ao patamar de destaque, equilibrando a posição dele perante os demais poderes que nas ondas renovatórias⁹¹⁹ anteriores ganharam proeminência⁹²⁰.

⁹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 66.

⁹¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 121.

⁹¹⁸ “Na Alemanha, em 1951, a legislação ordinária concedeu a qualquer cidadão o direito de demandar perante a recém-criada Corte Constitucional, contra qualquer ato do Estado, legislativo, administrativo ou judicial, que violasse direitos constitucionalmente protegidos. Em 1969, este extraordinário remédio, chamado “*Verfassungsbeschwerde*”, ou queixa constitucional, foi introduzido na Constituição alemã, e na Áustria, especialmente desde 1975, foi adotado um processo similar”. [...] Chipre em 1960, Turquia em 1961, e Malta em 1964, todos introduziram formas de jurisdição constitucional largamente inspiradas nos modelos da Alemanha, Áustria, e Itália. [...] Foi o caso da Grécia em 1975, depois da queda do regime dos coronéis, de Portugal em 1976, depois da queda do regime de Salazar; e da Espanha, depois da queda de Franco. Significativamente, também a Iugoslávia, na procura de uma autonomia política e ideológica vis-à-vis da União Soviética, promulgou uma Constituição em 1963 que introduziu um sistema de revisão judicial”. CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Tradução de Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Reg. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em: out. 19. p. 21/2 e 34.

⁹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Título original: *Acess to justice: the worldwide movement do make rights effective*.

⁹²⁰ Tratando sobre ativismo judicial: “Em alguns países está-se diante de uma espécie de ‘estado

Enquanto na primeira onda renovatória, ocorrida no Estado liberal, o Legislativo surgia como o Poder de destaque, na segunda delas, durante o Estado social, a projeção foi do Executivo. Já nesse segundo estágio se percebia uma superação, ainda que parcial e tímida, da clássica tripartição de poderes, da maneira fechada almejada pelo Estado liberal, observando-se o mesmo fenômeno no contexto do Estado democrático com relação ao Judiciário, uma vez que este, “por via de suas Cortes superiores, é o guardião da democracia e da Constituição⁹²¹”.

Com a proeminência do Judiciário⁹²² – destacadamente diante de uma justiça constitucional –, não acima, mas em patamar de igualdade com os demais poderes, e a solidificação material da democracia, o exercício da Jurisdição passou a ser sedimentado na constituição, que se tornou a zona de mediação entre a justiça e a legitimidade da atuação estatal na resolução dos conflitos, sendo ultrapassada a antiga visão de mera legalidade até então vislumbrada, onde agora se respeita a vontade da maioria sem se desgarrar da vontade das minorias.⁹²³

Não obstante a existência de direitos fundamentais muito antes do surgimento do Estado constitucional democrático, eles possuíam um sinal muito mais político ou conotativo do que uma normatização cogente, especialmente diante da ausência de garantias de independência ao julgadores e até mesmo da inexistência de cortes constitucionais⁹²⁴ efetivas que pudessem fazer o controle

judiciário’ e com as funções mais relevantes da república controladas por magistrados cuja legitimidade democrática é indireta a partir das constitucionais. Porém, parece prevalecer o critério da capacidade técnica sobre a capacidade política, o que a sociedade parece entender como legítimo e adequado.”, BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767>. Acesso em: 21 nov. 19. p. 1343.

⁹²¹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 290.

⁹²² Em outras palavras, o Judiciário foi chamado a suprir parte da omissão dos outros Poderes, e a partir disso ganhou proeminência. Nesse sentido: “[...] *llamada a producirse en función de ‘suplencia’, es decir, como consecuencia indirecta de la inhibición o pasividad de determinadas instancias políticas o administrativas, a las que habría correspondido la responsabilidad de actuar preventivamente en el caso concreto*”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 20.

⁹²³ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 312.

⁹²⁴ “A justiça constitucional, acredito, é, na verdade, uma das mais importantes e promissoras respostas que um crescente número de nações tem procurado dar a esse problema da opressão

desses valores fundamentais ao desenvolvimento do Estado, no âmbito dos três Poderes, não apenas das políticas executivas, mas também da legislação editada pelo parlamento, o que foi contornado com a compreensão da necessidade de se estabelecer um Judiciário dotado de capacidade para proteger a sociedade, notadamente por intermédio da revisão judicial nas cortes constitucionais^{925, 926}

Além disso, diante de uma sociedade líquida, absolutamente heterodoxa, multicultural, globalizada, tecnológica, enfim, verdadeiramente polissêmica, e especialmente perante as novas dimensões do direito e do déficit de representatividade, para além das cortes superiores constitucionais o Poder Judiciário se transformou, por intermédio do processo judicial, em um instrumento de participação da sociedade no Poder, em um “microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito”, como *locus* da cidadania e concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público.⁹²⁷

Diante da própria volatilidade das relações públicas e privadas típicas do século XXI, seria inviável a conceituação definitiva, ou a apresentação de todas as características do Estado moderno constitucional democrático, que atualmente vê seu paradigma abalado pela necessidade de enfrentar questões que transcendem a sua própria soberania, como, por exemplo, a internacionalização, a transnacionalização, a globalização, a ocupação de espaços extraterrestres e a

governamental. Como já mencionado, o que está implícito na justiça constitucional é a noção de um novo tipo de normas constitucionais, instituições e processos, numa tentativa de limitar e controlar o poder político”. CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. p. 19 e 33-34.

⁹²⁵ O fato de que a revisão judicial se constitui em um anátema à tirania, é confirmado pelo seu desenvolvimento em vários continentes, e mais freqüentemente na América Latina e África. Uma ilustração peculiar oferece a África do Sul, onde uma “crise constitucional” desenvolvida em 1950 irrompeu no momento em que o Judiciário declarou inconstitucionais certas promulgações do Parlamento Sul-Africano. A crise culminou com a adoção da Constituição Sul-Africana de 1961, que efetivamente negava ao Judiciário qualquer autoridade para revisar a validade dos atos legislativos. CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. p. 23/4.

⁹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. p. 20/1 - 33-34.

⁹²⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 467.

virtualização dos Estados, sem olvidar, por certo, de suas mutações internas, na seara política, jurídica, social e estrutural. Em verdade, essa análise exigiria o estudo sobre um Estado contemporâneo para além do Estado moderno.

CAPÍTULO 4

INTERLOCUÇÃO DAS DIMENSÕES DO DIREITO COM A JURISDIÇÃO NO DECORRER DA EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A investigação acerca do perfil do juiz nos mais diversos tipos de Estados experimentados no decorrer na evolução humana é um aspecto “central da teoria geral do Estado e da teoria geral do Direito, porque necessariamente conjuga elementos relativos à caracterização do Estado, das fontes do direito, da organização judicial e do estatuto dos juízes⁹²⁸”.⁹²⁹

É importante destacar nesta senda que o perfil do juiz analisado no presente capítulo é aquele decorrente, ainda que em linhas gerais, do Estado moderno constitucional democrático ocidental signatário do sistema jurídico derivado

⁹²⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 54

⁹²⁹ “Estado e Direito são instituições cercadas de ambiguidades, especialmente no plano simbólico. Ambas contêm doutrinas de obediência e revolta, ambas se servem de instrumentos de proteção e garantia da liberdade, mas também de meios de opressão, controle e dominação. Se, em sua concepção positiva, o Estado apresenta-se como redentor e protetor do homem, tanto mais na medida em que se ampliam os direitos de cidadania, na concepção negativa se dá o contrário. Sua imagem é dominada pela ‘face demoníaca do poder’, que tanto se traduz pelo emprego arbitrário da força quanto pelo desrespeito ao Direito, pela corrupção etc. O mesmo se pode dizer em relação ao Direito, que ora se apresenta como instrumento garantidor de um governo de leis, ora como instrumento da ordem do mais forte. Entre o Estado e o Direito há mais convergências que colisões. Tanto assim que, nas acepções mais comuns, os dois termos são considerados verso e reverso da mesma moeda. Ambos são fatores de integração, coesão e estabilidade sociais, de promoção do indivíduo e da sociedade. Nesse sentido, foram idealizados como ‘reinos da razão’, tal como o fizeram os jusnaturalistas de Hobbes a Hegel, além de Platão e Aristóteles e outros filósofos medievais, na tradição da Antiguidade Clássica. Por outro lado, ao limitar o poder do Estado, o Direito a este se contrapõe, não comopositor, mas, paradoxalmente, como parte daquele, sendo difícil precisar até onde o Estado se desenvolve por meio do Direito e até onde o Direito limita a ação do Estado”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 207/8.

da *civil law*. Não obstante, no sistema da *common law* há peculiaridades distintivas, mas em regra superficiais, de modo que é possível, em grande parte, aproveitar o conteúdo aqui disposto também nesse sistema jurídico, tendo em vista que a valoração axiológica é semelhante em ambos os casos. Mas, em outro norte, seria inviável nesse momento destacar as características dos juízes situados nos Estados orientais, ainda que, em geral, todos eles adotem, com derivações, o sistema da *civil law* ou da *common law*.

A figura do juiz é algo vislumbrado já na antiguidade e permeia a vida do homem desde as sociedades mais simples. Para traçar características do perfil do juiz contemporâneo não é necessário que se exponha como se dava o exercício da Jurisdição desde os seus primórdios, mas é relevante compreender, ao menos de maneira introdutória – e complementar em relação ao anteriormente registrado – o contexto da atividade nos períodos que acompanharam o surgimento do Estado moderno, que emergiu conjuntamente com o absolutismo monárquico em uma atividade de Poder centralizado.

Quanto mais o absolutismo avançava, mais o juiz perdia sua posição central na comunidade, deixando de ser a autoridade elevada para a resolução dos conflitos, ficando “reduzido a um executor dos desígnios do soberano”. Porquanto antes⁹³⁰, não obstante a multiplicidade de soberanias e por decorrência também de Jurisdições, o rei medieval podia ser considerado de certo modo o juiz supremo, a quem competia efetivar os ditames da justiça perante o corpo social, para “recompensar os bons e penalizar os maus”, mas nessa nova fase evolutiva o magistrado era um juiz régio, garantidor unicamente das ordens legítimas do rei. Assim, o juiz fazia “parte do executivo”, inexistindo empecilho para que o monarca absolutista pudesse “inverter a sentença por ‘*dictum*’”.⁹³¹

⁹³⁰ “Se antes dos movimentos teóricos do século XVIII, o juiz era poderoso porque fazia parte da Administração, ela mesmo super-poderosa porque pertencia ao trono e não era controlável, depois passou a exercer um poder pálido, um poder nulo”. MENDES, Azevedo. **A organização dos tribunais e os juízes**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 416.

⁹³¹ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 24.

O direito⁹³², por sua vez, também evoluiu ao longo da história, em um processo lento em que se diferenciou “gradualmente das regras convencionais mediante a organização de instâncias legislativas e judiciais destinadas à criação da ordem jurídica⁹³³”, possibilitando o surgimento não de gerações⁹³⁴, mas de dimensões⁹³⁵ do direito, tendo em vista que a cada novo estágio um se anexava ao outro, em união e não em substituição aos anteriores. Os direitos fundamentais⁹³⁶ podem ser analisados e compreendidos em suas múltiplas dimensões⁹³⁷, inexistindo qualquer hierarquia entre elas, pois todas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Um mesmo direito fundamental, como, por exemplo, a propriedade, assume um caráter individualista perante a primeira dimensão liberal, uma acepção social na segunda, e um caráter solidário e democrático a partir da terceira dimensão, devendo cumprir além da função social a função ambiental. De igual forma ocorre com a conjugação de outros direitos, sendo impossível dissociar o direito à vida, de primeira dimensão, do direito à saúde, de segunda dimensão^{938, 939}.

⁹³² “O Direito é um símbolo deôntico, isto é, um termo que se refere a um tipo específico de linguagem: a linguagem normativa. Nela, direitos e obrigações são termos correlatos que compõem um sistema ou ordenamento jurídico, isto é, um conjunto estruturado de normas de conduta e de organização, de natureza sistêmica, que se volta à organização social. [...] Nas palavras de Dante Alighieri: ‘O Direito é a proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, a corrompe’”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 207/8.

⁹³³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 226.

⁹³⁴ “A proposta de triangulação dos direitos humanos em ‘gerações’ é atribuída a Karel Vasak, que a apresentou em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) em 1979, inspirado no lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade.¹ Assim, os direitos de liberdade seriam os da primeira geração; os da igualdade, os de segunda geração; e os da fraternidade, os de terceira geração. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 51.

⁹³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.

⁹³⁶ “A afirmação dos direitos humanos e o seu reconhecimento junto às primeiras constituições escritas, dando origem aos direitos fundamentais, ocorreram em três momentos distintos. Uma pré-história, que foi das civilizações antigas até a Idade Média; um período intermediário, no qual se consolidou a elaboração da teoria jusnaturalista; e, por fim, uma fase de constitucionalização iniciada em 1776, por meio da declaração da independência dos Estados Unidos da América”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 63.

⁹³⁷ “O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 55.

⁹³⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 57.

⁹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 32.

No seu caminhar, alguns antigos direitos foram reconhecidos expressamente, outros novos surgiram, e sua classificação abrange atualmente variáveis dimensões, desde as primárias consistentes na liberdade individual (políticas negativas), até a modulação da cibernética e da inteligência artificial que pauta a sociedade contemporânea do século XXI.

Os direitos inerentes à espécie humana remontam à antiguidade⁹⁴⁰ antes de Cristo, conforme se observa em registros religiosos, doutrinários e filosóficos da época, e a concepção sobre a pessoa, inspirada pelo cristianismo e teorizado pelo direito natural – notadamente a Bíblia –, é o embrião da noção sobre a dignidade humana que se tornará centro axiológico dos sistemas jurídicos contemporâneos⁹⁴¹. Antes das revoluções liberais do século XVIII, outros documentos, notadamente na idade média, reconheceram restrições ao arbítrio dos governantes, mas nenhum deles tinha o objetivo ou o condão de libertar o povo, mas tão somente privilegiar determinados setores da sociedade, especialmente da alta sociedade estamental ou corporações – como foi o caso da carta magna, por exemplo. O *Bill of Rights*, de 1689, foi o primeiro documento que de modo geral, sem privilegiar⁹⁴² determinada esfera social, limitou os poderes do soberano, sem declarar, contudo, os direitos naturais e a igualdade entre os homens.⁹⁴³

⁹⁴⁰ “A ideia de justiça, de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente, em maior ou menor intensidade, em todas as sociedades humanas. Portanto, a noção de direitos do homem é tão antiga quanto a própria sociedade. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 29.

⁹⁴¹ “Do mesmo modo, os grandes códigos morais da humanidade, que ainda hoje fazem parte da vida das pessoas através das diversas religiões, surgiram há milhares de anos. Praticamente todas as grandes correntes religiosas pregam a paz, o respeito ao semelhante, o respeito à vida, a fraternidade, a caridade, a compaixão, a piedade etc., valores que estão na base da noção de dignidade humana. E o pensamento cristão, que até hoje influencia intensamente a sociedade ocidental, estabelece que ‘não há judeu, nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo’ (Epístola aos Gálatas, III, 26), o que é uma demonstração clara do dever de respeitar o semelhante, independentemente de adjetivos”. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 30.

⁹⁴² “E porque não há uma relação geral e imediata entre o poder do Rei e os súbditos, os direitos são a estes conferidos não enquanto tais, individualmente considerados, mas sim enquanto membros dos grupos em que se integram; são direitos em concreto e em particular, como expressão da situação de cada pessoa; direitos que se apresentam como privilégios, regalias, imunidades que uns têm e outros não, ou direitos corporativos, em vez de direitos atribuídos genericamente a todas as pessoas”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 21

⁹⁴³ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 31.

Os direitos naturais formam o conjunto de direitos absolutos do homem, imutáveis, atemporais e inerentes à qualidade humana, constituindo o núcleo de toda ordem jurídica, como corolário da dignidade humana, transcendendo a história e anteriores ao próprio direito positivo. Apesar da semelhança, eles não se confundem com os direitos humanos, que existem independentemente do seu reconhecimento, são universais mas relativos, porque se flexibilizam para acompanhar a evolução da humanidade. Também se diferenciam dos direitos fundamentais, elencados em cada constituição para destacar aqueles de maior valor para determinada sociedade – parte da doutrina entende que se tratam dos mesmos direitos humanos, mas enquanto estes provêm de tratados internacionais, os outros da constituição nacional⁹⁴⁴.

Assim, é possível fazer uma sucinta diferenciação entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Porquanto os direitos do homem seriam os direitos ainda não positivados, os direitos humanos seriam aqueles reconhecidos na esfera do direito internacional, por exemplo, por tratados e convenções, e os direitos fundamentais seriam os reconhecidos e protegidos pela constituição do Estado, em uma concreção positiva.⁹⁴⁵

Por isso, acompanhando essa evolução, a “objetivação de preceitos jurídicos firmes é, em geral, um produto muito tardio na história do Direito” e na Europa não aparece plenamente desenvolvida até a “racionalização do Direito no sentido da manutenção de certos critérios de previsão e valoração”. É por isso que no decorrer desse período histórico, até mesmo diante da simplicidade da vida social, “a decisão de toda contenda realiza-se primitivamente não como justiça normativa, mas como solução de mediação, isto é, como decisão de equidade que não julga no caso concreto segundo critérios objetivos”.⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ “Ainda assim, é preciso que fique bem claro que as sociedades antigas conheceram os direitos do homem, embora não tenham conhecido os direitos fundamentais, já que esses valores não eram positivados através de normas jurídicas”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 31.

⁹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 32.

⁹⁴⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 309.

Sobretudo no final da idade média os costumes ainda prevaleciam como fonte do direito e eram utilizados como fundamento para a tomada de decisão jurisdicional. O raciocínio jurídico medieval desconheceu as distinções entre direito público e privado, entre contrato e lei, entre direito e juízo, até porque a vida naquela época não exigia a diferenciação exata entre direito objetivo e subjetivo.

O direito pré-moderno, de formação não legislativa, composto pela jurisprudência e pela doutrina, contava com uma pluralidade de fontes e ordenamentos derivados de instituições diferentes e concorrentes, como o império, a igreja, os príncipes, os municípios e as corporações, inexistindo, dessa forma, monopólio da formação do direito. A validade do direito obedecia a tradição romanista que não dependia, por certo, da forma da sua produção, mas sim de uma racionalidade intrínseca de justiça e seus conteúdos jusnaturalistas. No direito pré-moderno, diante da ausência de um sistema exclusivo e exaustivo de fontes positivas, era precisamente o direito natural de valia.⁹⁴⁷

Naquele período histórico, o contrato era a instituição jurídica universal e era utilizado inclusive para estabelecer direitos e obrigações perante a autoridade⁹⁴⁸. A concentração dos meios de dominação refletia em uma maior ou menor igualdade jurídica formal, mas nunca em direitos políticos perante o rei. Somente a partir da instituição de uma codificação oficial e de uma Jurisdição burocratizada é que se tornou clara a distinção entre direito de coordenação e direito de subordinação, entre lei e contrato, entre criação do direito e Jurisdição.⁹⁴⁹

O direito moderno, acompanhando o Estado moderno, trouxe uma instância axiológica de refundação do direito sobre o princípio da legalidade como

⁹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos. Série derecho*. p. 15.

⁹⁴⁸ “Isso não quer dizer que os depositários do poder político na Idade Média não tenham tido limitações. Os seus ‘direitos de superioridade’, que sempre apresentavam forma de direito privado – segundo nosso modo de ver –, apareciam limitados pelos direitos como *iura quaesita* sobre a base de contratos e privilégios. Não existia uma clara oposição entre direito subjetivo e objetivo, entre contrato e lei, entre direito público e privado”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 320.

⁹⁴⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 168 e 170.

garantia de certeza e liberdade diante da arbitrariedade que se observava.⁹⁵⁰ Foi depois do surgimento da unidade autônoma de Poder, traduzida no Estado moderno, que se pôde reclamar com verdadeiro sentido a matéria de direito estabelecida pela autoridade, o que ocorreu também com a solidificação das constituições⁹⁵¹. O que difere as novas constituições dos documentos⁹⁵² antigos não são os direitos de liberdade individual devidamente descritos, mas sim a completa “regulação consciente e planificada da estrutura da unidade política em uma lei constitucional escrita”, de modo abrangente e indistintamente aplicado a todos os súditos.⁹⁵³

As transformações políticas do século XVIII⁹⁵⁴ alteraram definitivamente a trajetória histórica das sociedades ocidentais, notadamente sobre a influência da burguesia, culminando nas revoluções liberais, as quais, por sua vez, acarretaram profundas modificações, a partir de então, na moldura do Estado moderno e por consequência no perfil do juiz e no direito.

As fases de transição entre os subgrupos do Estado moderno e as dimensões do direito são, em grande parte, coincidentes, diante da simples lógica de

⁹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos. Série derecho*. p. 15.

⁹⁵¹ “Com o surgimento do Estado Moderno, formou-se um novo ramo do Direito – o Direito Constitucional. Mas num primeiro momento, seu formato se ajustou ao espaço estatal (a imagem refletida é a do Estado). Tem-se, nessa fase, um Direito do Estado, que, dele investido, assume o papel de importante protagonista, em dado momento com pretensão de exclusividade. A imagem que se forma no espelho do Direito é a do Estado absoluto. Noutro momento, irrompe na cena jurídica outro personagem, o Estado Constitucional. E com ele, a ‘organização política’. Mais adiante, o palco recebe mais um importante protagonista: o Estado de Direito Constitucional. Com ele, a ‘organização jurídica’. NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106/7.

⁹⁵² O *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é o primeiro exemplo de um documento constitucional moderno; [...] O que Cromwell pretendia com essa constituição foi expresso por ele muito claramente: ‘Em todo governo – disse – tem que haver algo fundamental, semelhante à Carta Magna, permanente, invariável. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 169.

⁹⁵³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 169.

⁹⁵⁴ “Nesse contexto, pode-se dizer tranquilamente que não havia direitos fundamentais na Antiguidade, nem na Idade Média, nem durante o Absolutismo, pois a noção de Estado de Direito ainda não estava consolidada. Não era possível, naqueles períodos, exigir do governante o cumprimento das normas que ele mesmo editava. Somente há sentido em falar em direitos fundamentais quando se admite a possibilidade de limitação jurídica do poder político. Portanto, o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais – enquanto normas jurídicas de hierarquia constitucional destinadas à limitação jurídica do poder político – somente ocorreu por volta do século XVIII, com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, resultante das chamadas revoluções liberais ou burguesas”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 32.

cuidar o direito de contornar as relações sociais e amoldar a estampa estatal – “Estado e Direito são fenômenos sociais, voltados à organização da vida em sociedade, que têm em comum a referência ao poder”⁹⁵⁵.

Na concepção inaugural, foi observada a primeira dimensão do direito, consistente na liberdade em torno do cidadão contra a opressão do Estado; posteriormente, evidenciaram-se os direitos de segunda dimensão, de cunho político e prestacional determinando maior participação do indivíduo na vida estatal e o dever de agir do Estado, promovendo o bem-estar social, e, em um terceiro momento, a igualdade material predominou por intermédio do Estado democrático garantidor da participação política da comunidade.⁹⁵⁶

4.2 JURISDIÇÃO “LIBERAL” E A PRIMEIRA DIMENSÃO DO DIREITO

Os primeiros arquivos jurídicos que enunciaram os direitos de liberdades que acompanharam o surgimento do Estado moderno constitucional e por consequência a ascensão do constitucionalismo são reflexo do pensamento jusnaturalista típico do século XVIII, diferenciando estes dos outros documentos que antecederam pela autoafirmação da evidência dos direitos naturais, deduzindo-se sua igualdade e universalidade, por isso tais direitos não precisavam ser criados, mas apenas declarados formalmente para que fossem dotados de cunho político, tendo por finalidade a regulamentação do homem na “sociedade política e não no estado de natureza; o que significa que tais direitos voltam-se a garantir a convivência entre os próprios e entre eles e o Estado”. São eles também os primeiros documentos individuais escritos que estendem o conjunto de garantias⁹⁵⁷

⁹⁵⁵ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 207/8.

⁹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 16.

⁹⁵⁷ “Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos

indistintamente para os cidadãos e não apenas para determinada classe social.⁹⁵⁸

Foram concebidos inicialmente como instrumento de limitação do Poder estatal e contra a intromissão indevida do Estado na vida privada, assegurando um nível máximo de autonomia e liberdade individual, em repúdio⁹⁵⁹ ao vislumbrado até então durante o absolutismo monárquico⁹⁶⁰, que em sua fase mais aguda “sufocava a sociedade em todos os setores da vida (econômico, religioso, político, jurídico etc.)”.⁹⁶¹ Via-se, com isso, emergir uma neonata dimensão do direito, que diferia substancialmente da maneira até então verificada.⁹⁶² Eram direitos “negativos”, imperativos da liberdade e positivados de uma forma diferente daquela experimentada no decorrer da evolução da humanidade – por isso, o próprio Estado moderno constitucional liberal é, pela primeira vez, classificado⁹⁶³ como um Estado de direito⁹⁶⁴.

reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias, ocorrendo não raro junta-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade (por exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine criemen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*). MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 171.

⁹⁵⁸ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.31.

⁹⁵⁹ “[...] a noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano. Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito/ separação de poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais/democracia)”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 34.

⁹⁶⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 33.

⁹⁶¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 40.

⁹⁶² “Trata-se de direitos de proteção que tutelam as liberdades essenciais humanas em face das possíveis ingerências do Estado, protegendo o indivíduo dos eventuais abusos cometidos por aquele e exigindo uma conduta negativa, de respeito e abstenção por parte do poder estatal em relação aos particulares”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 68.

⁹⁶³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 53.

⁹⁶⁴ “Para compreender em que sentido são tomadas as palavras ‘Estado’ e ‘Direito’ na consagrada expressão ‘Estado de Direito’, convém principiar lembrando que Estado e Direito são fenômenos sociais, voltados à organização da vida em sociedade, que têm em comum a referência ao poder. No Estado, o poder se manifesta em sua atividade política de coordenação de grupos e indivíduos, em sua condição de *summa potestas*, de titular da soberania, detentor do poder coercitivo e elaborador do Direito. No Direito, o poder se expressa tanto no momento da elaboração quanto no da aplicação da ordem normativa, imposta coercitivamente para garantir direitos e solucionar

Dessa forma, assentou-se a primeira dimensão dos direitos fundamentais⁹⁶⁵ nas constituições escritas, sem olvidar que o processo evolutivo demorou séculos até se consolidar, principiando de modo embrionário pela Carta Magna, do rei João Sem-terra, em 1215; passando pelo Tratado de Paz de Westfália, em 1648; pelo *Habeas Corpus Act* inglês, em 1679; pelo supracitado *Bill of Rights*, em 1688⁹⁶⁶. E de modo efetivo, pois generalizado e ao alcance de todo o povo, pela Declaração de Virgínia, de 1776, Constituição Federal, de 1787, e pelas demais constituições dos Estados independentes norte-americanos⁹⁶⁷, culminando em seu apogeu, por fim, na Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão, em 1789, e nas constituições francesas que a seguiram⁹⁶⁸.

O que distinguiu⁹⁶⁹ a Declaração revolucionária de 1789 de todas as outras foi justamente a universalidade⁹⁷⁰ dos direitos afirmados, pois a declaração francesa se destinava ao gênero humano, ensejando uma nova perspectiva *ex parte populi* em substituição a *ex parte principis* vigente durante o absolutismo

conflitos sociais, inclusive no que diz respeito à limitação do poder". RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 207/8.

⁹⁶⁵ "Em relação aos direitos fundamentais, pode-se dizer que a Constituição teve mais um valor de manifesto político ou, na melhor das hipóteses, de compromisso ético do que de norma jurídica fundamental de um povo". DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. p. 136.

⁹⁶⁶ "Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais". SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 114.

⁹⁶⁷ "A característica mais notável da Declaração de Independência dos Estados Unidos reside no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história política moderna". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 116.

⁹⁶⁸ "O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam à sua *revolution*, como acima lembrado, era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 143.

⁹⁶⁹ "O que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante. Sua visão universal dos direitos do homem consistiu uma de suas características marcantes, que já assinalamos com o significado de seu *mundialismo*". SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 163.

⁹⁷⁰ "A declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais 'universalizante'". SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 159.

monárquico⁹⁷¹. São exemplos⁹⁷² dessa primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, ao devido processo legal e à igualdade formal perante a lei, que contemplava especialmente a liberdade de expressão e os direitos civis políticos⁹⁷³. Não se cogitava a igualdade material, os direitos sociais, coletivos ou difusos.⁹⁷⁴

Essas liberdades públicas, termo originário do direito francês, denominadas também direitos de personalidade, traduzem-se nos direitos de primeira geração que determinam a proteção do indivíduo perante o Estado, discernindo conceitualmente dos anteriores. Todos esses direitos, por serem abstratos e de cunho moral, em verdade prescindem de positivação, e admitem ponderação na sua aplicação, notadamente em caso de conflito entre eles.⁹⁷⁵

A lei⁹⁷⁶, fonte primária – e possivelmente única – do direito naquele contexto⁹⁷⁷, era somente a normatização derivada do legislador enquanto representante do povo⁹⁷⁸. A premissa ofertada por Montesquieu foi encampada

⁹⁷¹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 125.

⁹⁷² Vide artigo 5º da CRFB.

⁹⁷³ “Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. p. 318.

⁹⁷⁴ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 41, 58/9.

⁹⁷⁵ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.31.

⁹⁷⁶ “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*. A administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.3.

⁹⁷⁷ “O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. Aplicação e criação, aí, separavam-se nitidamente. Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 61.

⁹⁷⁸ “*En la Europa continental del siglo XIX el imperio de la ley suponía la estricta sujeción del Juez a un sistema de fuentes del Derecho articulado en torno a la ley, como fuente principal de éste, y en el que no cabía cuestionar judicialmente ni su validez ni su aplicabilidad dado su carácter irrefragable*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en**

pelos revolucionários franceses que temiam que os tribunais conservadores fornecessem subsídios para que os velhos costumes do antigo regime prevalecessem no bojo do Estado moderno que surgia. O único Poder historicamente que ousou se sobrepor ao conservadorismo do “Banco de Magistrados” foi o Legislativo. Daqui decorre o clube dos *Nomophiles* na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em “*bouches de la loi*” mecânicos” – desse mesmo contexto restritivo emergiu, posteriormente, a proibição imposta por Napoleão contra os comentários aos seus códigos, continuada pela escola da exegese que “não ensinava as leis mas os Códigos”;⁹⁷⁹ como se existisse uma matemática jurídica pura⁹⁸⁰.

O Estado moderno constitucional liberal elevou o princípio da legalidade – também os princípios da “soberania e vontade geral⁹⁸¹” – ao seu patamar supremo, com uma legislação marcada pela generalidade e abstração, impedindo, inclusive, a atuação criativa do juiz⁹⁸², que deveria se limitar a ser a boca da lei⁹⁸³, não podendo interpretar ou considerar na plenitude necessária circunstâncias destacadas a ele

garantía de derechos. p. 83.

⁹⁷⁹ CAENEGEM, R. C. Van. “*Oráculos da Lei*” ou “*Bouche de la loi*”. in: *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. p. 40.

⁹⁸⁰ “[...] defendiendo la necesidad del Código Civil napoleónico decía Thibaut que ‘las leyes civiles fundadas en conjunto en el corazón, el entendimiento y la razón del hombre estarán rara vez en situación de tener que inclinarse a las circunstancias. Y aunque aquí y allá surjan pequeñas incomodidades, las innumerables ventajas de esta unidad exceden un muchos a todas esas quejas. ¡Considérense tan sólo las partes singulares del Derecho civil! Muchas de ellas constituyen, por así decirlo, una especie de matemática jurídica pura, con arreglo a la cual ninguna localización puede tener influencia decisiva’. Además, al ejecutar la ley el juez no hace otra cosa que operar como garante de lo justo, como garante del derecho”. OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 175/6.

⁹⁸¹ A imposição do princípio da soberania e da vontade geral na revolução Francesa ensejou a estrita submissão do juiz à lei na qual estava expressa a vontade soberana. Ao juiz não era permitido, ao tomar a decisão jurídica, nada além de aplicar o direito legislado, com exclusão de qualquer outro direito. A concepção entre o ato jurisdicional e o ato legislativo se concebia diante de um automatismo no qual o juiz operacionalizava um mero silogismo sem liberdade alguma, sem possibilidade de interpretação como forma de mecanismo de controle para que a lei prevalecesse sobre a vontade do julgador. OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p.174/5.

⁹⁸² “Resta claro, portanto, que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo, acorde com a concepção liberal, segundo a qual o Estado deveria evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados”. TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal’ 700 a oggi*. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. in: Revista Brasileira de Direito Processual RBDpro nº 75. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/30947704/revista-brasileira-de-direito-processual-rbdpro-n-75/37>. Cesso em: 12 out. 19. p. 144.

⁹⁸³ Não obstante as patentes diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*; mas mesmo nesse último, nenhuma decisão poderia confrontar as disposições do *Bill of Rights*.

submetidas no caso concreto⁹⁸⁴, tudo sob o prisma da igualdade e democracia – o Judiciário seria um Poder nulo, nas palavras de Montesquieu⁹⁸⁵. Segundo os valores liberais, a interpretação da lei⁹⁸⁶ pelo juiz “obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade dos cidadãos”.⁹⁸⁷

A Jurisdição, pautada pelo modelo ideológico do Estado constitucional liberal, detinha a função de tutelar os direitos subjetivos privados violados mediante a aplicação da lei, de modo a reparar o dano⁹⁸⁸, e não de controle do ordenamento jurídico, restando o juiz impedido de atuar preventivamente, pois o Estado não poderia intervir nas relações privadas e qualquer ingerência nesse sentido seria considerada um atentado contra a liberdade individual, e, em outro norte, a atividade preventiva era exclusividade do Executivo diante do poder administrativo de polícia, o que, caso não fosse observado, poderia afrontar a separação entre os poderes na concepção adotada pelos franceses.⁹⁸⁹

Para o Estado liberal o direito nada mais era do que a própria lei, e esta era suficiente para a resolução dos casos concretos submetidos ao Judiciário. Ao juiz bastava a aplicação da norma geral editada pelo legislador⁹⁹⁰. Diante dessa

⁹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 28.

⁹⁸⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

⁹⁸⁶ O juiz deveria seguir a lei; a lei deveria seguir a constituição. Não parecia ser possível que o juiz fizesse controle de constitucionalidade, especialmente em um sistema de subordinação e não de adequação. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: “A ordem e a sentença no Estado de Direito devem basear-se na ordenança e na lei, e esta, por sua vez, na Constituição, porque a unidade e ordenação da conexão de ação organizada do Estado exige um sistema de supra e subordinação eficazes”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 304.

⁹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 3-10.

⁹⁸⁸ “Ademais, a idéia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a idéia de reparação do dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados. Ora, se todos os direitos podiam ser convertidos em pecúnia, e a jurisdição então não se preocupava com a tutela da integridade do direito material, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, logicamente não era necessária a prestação jurisdicional preventiva, bastando aquela que pudesse colocar no bolso do particular o equivalente monetário. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 3.

⁹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 9/10.

⁹⁹⁰ “Y el juez ha de estar desprovisto de la facultad de crear por sí mismo normas jurídicas: la legitimidad de la sentencia no se halla en el juez como en el sistema del rex-iudex, sino por encima

completude e coerência legislativa, o juiz poderia solucionar qualquer caso, sendo desnecessária a cristalização de uma norma mediante a interpretação⁹⁹¹. Por isso, não precisaria e nem poderia delinear uma norma de acordo com os preceitos constitucionais, porque nessa época não se apresentava a ideia de validade da lei sob a ótica constitucional e especialmente dos direitos fundamentais. Assim, “como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal”.⁹⁹²

Nesse campo, a ciência jurídica igualmente sofreu mudança em sua natureza, pois, enquanto no direito pré-moderno era eminentemente normativa, identificando-se com o direito em si – como fonte do direito –, a partir do positivismo ela passou a ser uma disciplina tendencialmente cognoscível, explicativa e tendo como objeto o direito positivo, derivado do Poder Legislativo, autônomo e separado dela. Mudança que atingiu também a Jurisdição, que deixou de ser produção – jurisprudencial – do direito e passou a se submeter exclusivamente ao princípio da legalidade.⁹⁹³

O racionalismo – ou formalismo jurídico⁹⁹⁴ – observado à época tentou

*de él. Esto explica que, en la línea de la doctrina de la Revolución Francesa, la función jurisdiccional se conciba como de aplicación automática o silogística de un derecho preexistente, que se niegue la existencia de una interpretación judicial de la norma y, en consecuencia, la posibilidad misma de que la sentencia constituya en modo alguno regla interpretativa para ulteriores decisiones”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 41.*

⁹⁹¹ “A interpretação tradicional punha ênfase quase integral no sistema jurídico, na norma jurídica que deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger a hipótese. O problema, por sua vez, deveria oferecer os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, o material que nela se subsumiria. E o intérprete, por fim, desempenharia a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. Nesse ambiente, que se pode identificar como liberal-positivista, acreditava-se piamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete. Para bem e para mal, a vida não é assim”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 295.

⁹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.61/2.

⁹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 16.

⁹⁹⁴ “O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções que, na verdade, expressavam o interesse ideológico dos setores hegemônicos: a) a de que o Direito era a expressão da razão, de uma justiça imanente; e b) a de que o Direito se realizava, se interpretava, se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente

transformar o direito em uma ciência exata, preceituada pela lógica como uma equação aritmética, afastando do campo jurisdicional a retórica forense e a arte do convencimento judicial, e também a dimensão hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico.⁹⁹⁵

Também é certo que a complexidade das relações sociais daquela época, e no próprio decorrer do século XX, eram absolutamente diminutas em comparação aos dias atuais da sociedade do século XXI, e a grande parcela dos casos submetidos ao Judiciário continham características homogêneas, o que não exigia do juiz especial compreensão de suas particularidades, porque advinham de uma política entabulada a partir de um ângulo igualizador, inexistindo qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido, permitindo ao juiz uma atividade meramente mecânica. “O caso era vislumbrado como uma ocorrência quase predefinida, e a função do juiz se limitava a atender às suas peculiaridades⁹⁹⁶”.⁹⁹⁷ Os fatos eram considerados premissa menor e a norma geral a premissa maior, sendo suficiente para a resolução do caso concreto o relacionar com a norma geral, que, naquela concepção, possuía conteúdo claro e indiscutível.⁹⁹⁸

O Estado “legislativo” transformou, assim, as concepções de direito e Jurisdição até então vivenciadas, impondo barreiras e limites⁹⁹⁹ objetivos à atividade

pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 297.

⁹⁹⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 421/2. 423 e 425.

⁹⁹⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 431.

⁹⁹⁷ No mesmo sentido: “O caso era visto como algo quase que pré-definido e, nessa linha, a função do juiz era apenas preencher as suas particularidades. Como a jurisdição não precisava outorgar “sentido” ao caso, bastava a sua subsunção à norma geral mediante mera aplicação lógica”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 64.

⁹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.62.

⁹⁹⁹ “Tal como o pós antigo regime francês, a Revolução, desconfiava dos velhos parlamentares, e era veemente, tal como vimos, em restringir o poder dos juízes, tal como no período em que Napoleão

de julgar, na supremacia da lei sobre o Judiciário¹⁰⁰⁰, precisamente com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido – lei como fonte única do direito. Graças ao princípio da legalidade uma norma jurídica não seria mais considerada válida por ser “justa” ao olhar do intérprete, mas sim por ter sido “posta” por uma autoridade – legislativa – dotada de competência normativa.

1001

Em termos gerais¹⁰⁰², a ótica sob a qual o juiz era observado também sofreu densa mutação. Enquanto durante o antigo regime o juiz perdeu o protagonismo observado na era feudal, quando o rei juiz e justo passou a ser um rei legislador e injusto, nomeando juízes régios como longa *manus* para consecução de suas ambições pessoais, a partir das revoluções liberais esse juiz que agia em nome do monarca deixou de existir no Estado constitucional, pois ele obrigatoriamente deveria agir conforme o direito. O direito, por sua vez, já não era mais a vontade individual do monarca, mas sim a voz do povo emanada por intermédio de um parlamento soberano¹⁰⁰³.

Ocorreu, dessa forma, “a transferência da justiça do poder monárquico

proibiu os juristas de escrever comentários nos seus Códigos, tudo isso contribuiu para deixar o legislador com o controlo total (ou assim ele esperava). Para além do mais, as velhas faculdades de Direito tinham sido abolidas em 1793 e substituídas em 1804 por escolas estritamente controladas *écoles spéciales de droit*, colégios técnicos em que não havia lugar para os ideólogos (*idéologues*) tão detestados por Napoleão”. CAENEGEM, R. C. Van. “**Oráculos da Lei**” ou “**Bouche de la loi**”. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 48/9.

¹⁰⁰⁰ “A Revolução Francesa fragilizou o Poder Judiciário porque foi mais absolutista do que o Antigo Regime. Os juízes não tinham sequer o poder de interpretar as leis: podiam fazer uma transcrição literal de seu conteúdo, sem análise de princípios, notadamente os constitucionais”. VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. **O Estado de Direito e o Poder Judiciário**: relato de uma migração conceitual. In: Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p153.pdf. Acesso em: 21 set. 19. p. 115.

¹⁰⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 16.

¹⁰⁰² STOLLEIS, Michael. O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 21-29.

¹⁰⁰³ “Na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 12/3.

para as mãos do povo¹⁰⁰⁴". Assim, o monarca¹⁰⁰⁵ já não podia mais revogar um julgamento por *dictum*, passando a aceitar o magistrado¹⁰⁰⁶ como um terceiro poder separado na monarquia – não obstante na prática, nesse primeiro momento, o juiz ainda fizesse parte dela, diante da ausência de independência¹⁰⁰⁷. Essa evolução também atingiu a forma de tramitação dos processos, que transmudou seu caráter sigiloso em público, possibilitando a intervenção de comentadores críticos.

Observou-se da mesma maneira a estruturação dos edifícios¹⁰⁰⁸ dos tribunais, de modo a comportar salas de audiências desenhadas de acordo com os novos códigos processuais, atribuindo lugares ao público e aos atores processuais. As sentenças passaram a ser publicadas na imprensa, e o juiz se viu pela primeira vez obrigado a explicar por escrito ao público as razões que motivaram a sua decisão. Os promotores públicos, aos moldes do modelo francês, tornaram-se figura comum, inicialmente representando o Estado nos processos penais, permitindo aos poucos a sedimentação de um sistema acusatório de julgamento, pois, pela primeira vez, participavam publicamente também advogados nos tribunais.

¹⁰⁰⁴ STOLLEIS, Michael. O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 25.

¹⁰⁰⁵ "Durante el Antiguo Régimen, el monopolio casi absoluto que alcanzara el Rey en la realización del poder político supondría que en su persona se concentrara la titularidad del ejercicio de poder en sus diversas formas. De esta manera en el Monarca se aunaba la creación y la ejecución del Derecho, con lo que podía, por ejemplo, llegar a ordenar la suspensión de la eficacia de una norma en un pleito una vez que éste había sido resuelto tras la aplicación de la norma en cuestión; y es que el ejercicio efectivo del poder del Rey estaba delegado en agentes y autoridades que ejercían el poder en su nombre y con subordinación, de modo que siempre era posible la avocación de sus atribuciones en favor de aquél." SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 35.

¹⁰⁰⁶ "Ello, según Dieter SIMON, respondía a cómo la retificación de las sentencias de los Jueces por el Rey no era sino una parte 'del ejercicio práctico de la virtud' del mismo, a la par que evidenciaba, a la postre, cómo los Jueces no eran sino simples agentes al servicio del Monarca". SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. p. 35, em nota de rodapé.

¹⁰⁰⁷ "Desnecessário será dizer que ele continua a ser pago pelo Estado. A justiça é uma instituição governada pelo Estado. O Estado tem ainda nas suas mãos todos os instrumentos para proceder à domesticação dos juízes – e efetivamente usa-as. Contudo, o Estado como 'Estado constitucional' já não pode fazer tudo aquilo que gostaria de fazer. Já não são autorizadas as intervenções directas do executivo. As demissões dos juízes são proibidas bem como tribunais especiais paralelamente 'aos tribunais de grande instância'. Em toda parte se tenta eliminar do sistema judicial os restantes elementos do 'despotismo'". STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 28/9.

¹⁰⁰⁸ "Poder-se-á dizer que o monarca estava a abandonar o 'palácio' enquanto os juízes faziam a sua entrada". STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 29.

O magistrado, assim, que antes servia à monarquia detentora da função jurisdicional que a ele delegava pequena parcela, tornou-se um representante independente do terceiro Poder, de modo absolutamente diferente do até então observado. “O juiz já não faz parte de um regime absolutista. Ele pertence aos notáveis da classe média e funciona como mediador entre o Estado e a sociedade. A sua linha de orientação é a lei aprovada pelo parlamento¹⁰⁰⁹”.

A concepção sobre a divisão dos poderes do Estado causou profundos reflexos na estrutura jurisdicional¹⁰¹⁰. Nasceram, juntamente com o Estado moderno constitucional, instituições como o Ministério Público – e congêneres – e tribunais caracterizados como superiores. O princípio do juiz natural ou da legalidade da competência impediu a formação de juízos *ad hoc*, “juntas constituídas arbitrariamente para julgar certas pessoas ou causas ou ainda submissão dos juízes a ordens dos governantes”.¹⁰¹¹

A sociedade passou a observar, ainda que embrionariamente, juízes profissionais, eruditos, controladores do Poder e que presidiam os julgamentos, pronunciando a “sentença ‘em nome da lei’ (mais tarde em nome do povo)¹⁰¹²”. Ao lado deles, diante do fato da justiça pertencer ao povo e não mais ao monarca, surgiam as figuras dos juízes leigos e dos jurados.

Emergiram novos estatutos para disciplinar a carreira da magistratura, prevendo cargos vitalícios, e não mais temporários, ao mesmo tempo em que praticamente desapareceu a figura do juiz popularmente eleito e a venalidade do

¹⁰⁰⁹ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 29.

¹⁰¹⁰ “Uma segunda lição, vinculada historicamente e que começou a se impor no decorrer do século XIX, foi a necessidade de controle judicial do executivo na compatibilidade de suas medidas com a Constituição e leis (jurisdicional administrativa e constitucional), ou até mesmo do controle judicial do legislador na garantia da Constituição (controle normativo). O controle normativo pressupõe independência pessoal e objetivo do juiz. Assim o Iluminismo político chegou à teoria da tripartição dos poderes em legislativo, executivo e judiciário”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. p. 169-170.

¹⁰¹¹ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 63/4.

¹⁰¹² STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 27.

cargo, desvinculando o cargo também da política e permitindo a inamovibilidade¹⁰¹³. Por isso igualmente se especializaram as funções, passando o juiz a não mais administrar – função executiva –, por exemplo, exercendo exclusivamente a judicatura – função jurisdicional. Em outro norte, diante da separação dos poderes, ao rei não era mais dada a possibilidade de julgar.¹⁰¹⁴

Isso, contudo, não possibilitava, na prática, de modo efetivo, a independência dos juízes que foram concebidos para serem as bocas da lei¹⁰¹⁵. Apesar de toda a evolução, a prerrogativa de nomear¹⁰¹⁶ os magistrados era exercida pelo rei, por intermédio dos seus ministros de Estado, agora imbuído do Poder Executivo. Continuava, assim, nas mãos do rei as atribuições de nomear, transferir e aposentar juízes¹⁰¹⁷. “Estas regras sobre as nomeações, transferências, aposentações e promoções implicam que o poder judicial tenha permanecido, nesta parte, na dependência do poder executivo”. Os vencimentos, diante da dependência econômica, também estavam a cargo do rei, havendo interferência, sobremaneira,

¹⁰¹³ “Cuando llegó la propuesta del principio de inamovilidad a las constituyentes sivió para contemplar un espectáculo que después seguiría invariado a lo largo de todo el siglo XIX y hasta parte del atual: el enfrentamiento entre quienes optaban por limitar la inamovilidad y quienes la defendían sin concesiones”. (p. 24). Em complemento: Alguns defendiam a “movibilidade” para poderem transferir juízes de pequenos povoados que cometiam “arbitrariedades” - APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 28, em nota de rodapé.

¹⁰¹⁴ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental**: Portugal. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 64.

¹⁰¹⁵ Aparecen con nitidez los elementos originales del primer liberalismo: aunque se acepta la integración de los Jueces en la categoría de funcionarios, se proclama que deben ser independientes dada la naturaleza de su función. La inamovilidad aparece así en un sentido puramente instrumental de esa independencia. Ahora bien, la correlación entre ambas categorías sólo era posible a condición de que la función jurisdiccional tuviera una naturaleza aséptica, técnica; derivada, en definitiva, de la soberanía de la ley (general y abstracta) y de la propia soberanía del Parlamento. Y, por eso también, el Juez debía depender exclusivamente de la Ley y de los órganos que la aplican (es decir, de los propios Jueces) y no de otros desligados con esa actividad aplicatoria. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 106.

¹⁰¹⁶ “[...] el que se institucionalizaran como cuerpo de funcionarios ya que se trató siempre de puestos de libre designación y de libre remoción”. (p. 113). Em complemento: “En este sentido, pues, no se aprecian diferencias cualitativas respecto a la posición de los restantes cuerpos de funcionarios”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 120 - juízes e funcionários comuns, mesma independência, ou seja, nenhuma para aquela época.

¹⁰¹⁷ “De ahí que el Juez del primer liberalismo siga siendo una figura mixta que no se desprendió (en el mismo plano del puro ‘diseño teórico-normativo’) de importantes adherencias del antiguo régimen”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 31.

apesar da teoria da tripartição, de um Poder no outro.¹⁰¹⁸ Não há notícias relevantes, salvo poucas exceções, como verificado em Portugal – vide item 2.2 –, de seleção por meio de concurso público de provas e títulos, ou de estatutos¹⁰¹⁹ jurídicos que conferissem à carreira reais garantias de independência¹⁰²⁰ ou autonomia ao neonato Poder judicial que emergia da concepção de Estado moderno¹⁰²¹.

Com um Judiciário estéril politicamente e uma magistratura concebida a exercer um “não Poder”, acentuava-se ainda mais a condição onipotente e irrefragável da lei perante o juiz, enquanto que este não podia questionar sequer sua validade ou aplicabilidade, quando muito menos interpretar o texto normativo, sob pena de ferir o fundamento de legitimidade democrática no modelo europeu adotado para o exercício da judicatura. Traçava-se, dessa forma, o perfil do juiz burocrata, que se consolidou em grande parte do continente europeu no decorrer do século XVIII, em contraposição ao juiz pacificador vislumbrado antes e em parte do antigo regime.¹⁰²²

Foi dessa maneira que o juiz continental europeu se diferenciou de seu homônimo anglo-americano se limitando não à proteção de direitos, mas sim a uma abstrata função - e não Poder - de pacificação social concentrada na resolução de controvérsias entre particulares e persecução de delitos - civil e penal -, garantindo,

¹⁰¹⁸ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 64/5.

¹⁰¹⁹ “La organización judicial sigue siendo también la misma y su regulación continuará procediendo de normas de origen gubernamental”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 75.

¹⁰²⁰ “Dicho grado de especialización y separación, y de simbiosis entre Justicia e Rey, no se dio por igual en toda Europa. Mientras que en el continente el enfrentamiento político definitivo entre la Cortes y el Monarca se pospondría al siglo XVIII, en 1688 el Parlamento inglés triunfaba en la Glorious Revolution; con ello, y junto a la mayor especialización de la actividad judicial en Inglaterra, debido ao superior predicamento del anterior enfrentamiento entre *jurisdictio* y *gubernaculum* allí - por todos, *sir Edward Coke* -, los Jueces ingleses lograrían más tempranamente su independencia política - *Act of Settlement*, de 1701”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 36.

¹⁰²¹ “A época já não é a de um rei juiz, mas, citando a fórmula de um publicista da época, ‘A ordem pública do reino justifica que os juizes julguem em nome do rei e o rei julga através dos seus tribunais’: portanto, só o rei excepcionalmente deve exercer funções judiciais’. HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 59.

¹⁰²² SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 41.

de toda forma, o monopólio da força estatal jurisdicional punitiva e a heterocomposição de conflitos. Foi somente a partir do século XIX que se reconheceu ao Judiciário certa capacidade para intervir no âmbito dos direitos, emergindo, paralelamente a isso, ainda que de maneira embrionária, o juiz como instrumento de garantia.¹⁰²³

4.3 JURISDIÇÃO “SOCIAL” E AS PRIMEIRAS DIMENSÕES DO DIREITO

O século XIX foi o palco da revolução industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção industrial que possibilitaram um crescimento econômico ainda não experimentado pela humanidade, simbolizando o espírito de prosperidade em um período denominado pelos franceses como *belle époque*. Ocorre que esse crescimento trazido pelo capitalismo aconteceu principalmente com o sacrifício da população de trabalhadores braçais, que experimentou a miséria ocasionada pela ausência de regulamentação das condições de trabalho. Inexistia naquela época, por exemplo, limitação à jornada de trabalho, salário mínimo, férias ou descanso regular; o trabalho infantil era plenamente aceito e as crianças laboravam como se adultos fossem.¹⁰²⁴

Assim, a intervenção do Estado na ordem econômica passou a ser vista como absolutamente necessária. O direito – e o Estado, por decorrência –, em razão disso, avançou para alcançar uma nova dimensão justamente diante das necessidades geradas pelo Estado liberal e identificadas pelo Estado social, o qual com a sua igualdade formal gerou desigualdade real, pois “só quem poderia ter iniciativa e exercer tais liberdades seriam quem detivesse meios e recursos para tal, ou seja, apenas a classe burguesa¹⁰²⁵”.

¹⁰²³ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. p. 41.

¹⁰²⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. p. 46.

¹⁰²⁵ GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. p. 61.

Surgiram, nesse contexto, com a intenção de equilibrar as relações de trabalho e econômicas diante da evidente inferioridade da classe trabalhadora perante a burguesia, e da própria omissão estatal, diversos direitos objetivando o melhoramento das condições de vida da população, não apenas aqueles a serem observados pelo Estado em uma prestação de serviço público – direitos econômicos, sociais e culturais, ligados à condição básica do indivíduo, e independentemente da qualidade de trabalhador, como saúde, educação, moradia e assistencialismo –, mas também na relação privada entre os integrantes da sociedade, observados notadamente nos limites impostos aos empregadores pela necessidade de observância de direitos trabalhistas mínimos na relação de emprego. Sem esses direitos, que limitavam absolutamente a capacidade de escolha da população em geral, notadamente da grande maioria trabalhadora, a liberdade preceituada pelo Estado liberal se constituía em uma fórmula vazia, pois a “liberdade não é só a ausência de constrangimentos externos à ação do agente, mas também a possibilidade real de agir, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas”.¹⁰²⁶

Nessa dimensão, portanto, observam-se¹⁰²⁷ os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, exigindo uma responsabilidade ativa do Estado para prestar serviços buscando o bem-estar social, em “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas¹⁰²⁸” – muito disso inspirado no Manifesto Comunista, que pela sua influência no campo social é por vezes comparado com a Declaração de Independência da América e com a Declaração dos Direitos de 1789^{1029, 1030}

¹⁰²⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 47.

¹⁰²⁷ Vide artigos 6º a 11 e 193 a 225 da CRFB. Antes da CRFB de 1988, todos esses direitos estavam no capítulo destinado à ordem econômica e social. A primeira constituição brasileira a prever direitos sociais foi a de 1934.

¹⁰²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 49.

¹⁰²⁹ Em continuação: “A partir dele, essa crítica fundamentou-se em bases teóricas e numa concepção da sociedade e do Estado, e se tornou, por isso, mais coerente, provocando, mesmo, o aparecimento de outras correntes e outros documentos, como as encíclicas papais, a começar pela de Leão XIII, *Rerum Novarum*, de 1891”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 162.

¹⁰³⁰ “A segunda dimensão dos direitos fundamentais originou-se, por sua vez, das graves consequências socioeconômicas que acompanharam a acumulação da riqueza já na primeira metade do século XIX, especialmente em razão da crescente industrialização e evolução tecnológica, provocadores de significativos movimentos reivindicatórios que resultaram no

A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado¹⁰³¹ da Revolução Soviética de 1917 foi um dos primeiros documentos mundiais a registrar esses direitos, também previstos anteriormente na Constituição do Estado social mexicano, também em 1917, e posteriormente na Constituição da República de Weimar, em 1919¹⁰³². A primeira Declaração russa consagrou essencialmente o princípio da igualdade entre os homens, a abolição da divisão classista da sociedade e entre outras medidas o assistencialismo material às classes oprimidas – sem olvidar que o Império Russo não enfrentou a primeira fase liberal-democrática vivenciada pelos demais Estados europeus. A Constituição mexicana sedimentou direitos individuais e trabalhistas ao operário e educação pública gratuita, entre outros. A Constituição de Weimar, por sua vez, editou direitos sociais de proteção à maternidade, à saúde, ao desenvolvimento social da família, seguridade e previdência social aos trabalhadores e educação gratuita.¹⁰³³

A Constituição do México, que vivia um grave momento de perturbação social, foi editada por um governo que assumiu o Poder com o objetivo de implementação de forte conteúdo social à legislação. “Essa Constituição durou muito pouco tempo e nunca chegou a ser aplicada, sendo importante, do ponto de vista teórico, apenas como precursora e reveladora de uma nova tendência quanto às Constituições”. A Constituição de Weimar, por seu turno, eclodiu em razão de um movimento revolucionário de cunho republicano, restando assentado praticamente de forma unânime entre os estudiosos que ela “foi a primeira de conteúdo

reconhecimento progressivo do direito ao bem estar social”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 69.

¹⁰³¹ “Fundada nas teses socialistas de Marx-Engels-Lênin e consequente da Resolução Soviética de 1917, não se limitava a reconhecer direitos econômicos e sociais, dentro do regime capitalista, mas a realizar uma nova concepção da sociedade e do Estado e, também, uma nova ideia de direito, que buscasse libertar o homem, de uma vez por todas, de qualquer forma de opressão”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 163.

¹⁰³² “Entre a Constituição mexicana e a Weimarer Verfassung, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade no século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou, em 4 (17) de janeiro de 1918, portanto antes do término da Primeira Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas últimas consequências, agora com apoio na doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 186.

¹⁰³³ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 43.

socializante com efeitos práticos, rompendo com a tradição liberal-burguesa”.¹⁰³⁴

Mesmo no campo teórico, apesar da Constituição do México ser cronologicamente anterior, a preponderância da Constituição de Weimar em relação a ela não se deve apenas por ter sido promulgada em “solo europeu”, mas também pela natureza mais abstrata e menos local de suas prescrições “e à força, autoridade e vivacidade da doutrina constitucional alemã da época, que fez correr pelo mundo as vitórias e as vicissitudes do novo texto republicano de 1919”.¹⁰³⁵

As duas constituições forneceram bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente¹⁰³⁶, alcançando efeitos inclusive nos Estados Unidos, quando, depois da maior crise sofrida pelo liberalismo econômico com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (crack), em 1929, que culminou na grande depressão financeira, gerando desemprego, miséria, falência e o suicídio de grandes empresários, em um ambiente que até então se orgulhava de uma economia de mercado extremamente livre, o presidente Roosevelt se viu obrigado a implementar políticas intervencionistas de cunho social, programa que ficou conhecido como o *New Deal*. “As medidas sociais previstas no *New Deal* incluíam o reconhecimento de diversos direitos sociais mínimos aos trabalhadores, como a limitação da jornada de trabalho, pisos salariais e seguro-desemprego”.¹⁰³⁷

Dessa forma, aos poucos¹⁰³⁸ os direitos sociais foram se consolidando

¹⁰³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. p. 138.

¹⁰³⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?se>. Acesso em: 1 set. 19.

¹⁰³⁶ “As Constituições donde arranca esta linha diretriz são a mexicana de 1917 e, sobretudo, a alemã de 1919 (dita Constituição de Weimar) e que, entre as Constituições vigentes que a seguem, se contam a italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 49.

¹⁰³⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 48.

¹⁰³⁸ “Enquanto no modelo liberal a cobertura de solidariedade é marginal e destinada aos pobres, no modelo redistributivo das sociais-democracias, a cobertura é universal para todos os cidadãos e, em algumas situações, também para os não cidadãos residentes. Nos Estados Unidos, a edição do Social Security Act (1935) e a do Beveridge Report (1942) exemplificam a ampliação da noção de

notadamente em um caráter universal caracterizador de uma segunda dimensão¹⁰³⁹. E, enquanto os direitos de primeira geração impunham limitações ao Poder do Estado, em uma posição de abstenção negativa, os direitos de segunda exigiam do Estado uma postura ativa, de prestação positiva, com deveres e tarefas estatais direcionadas a uma melhor qualidade de vida, em um nível adequado de dignidade que permitisse ao indivíduo exercer os próprios direitos de primeira dimensão¹⁰⁴⁰. Nessa concepção, essa segunda dimensão do direito agiria “como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade”.¹⁰⁴¹

Em outro norte, não foi durante o Estado social que se observaram grandes evoluções do ponto de vista do exercício da Jurisdição – à exceção da criação da justiça trabalhista. Ao contrário.

A Jurisdição ainda sofria os influxos do Estado liberal¹⁰⁴², não obstante a imposição dos preceitos sociais, que estavam, porém, mais a cargo do Executivo do que do Judiciário. A função do juiz continuava ser a de fazer o exercício de

assistência social. A propósito, observa o historiador Eric Hobs-bawm que o próprio Estado, nessa atividade, unificou a classe trabalhadora, visto que, progressivamente, qualquer grupo social poderia perseguir seus objetivos políticos mediante pressões exercidas com o governo nacional”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 38

¹⁰³⁹ “Ainda na esfera dos direitos da assim chamada segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. p. 319/320.

¹⁰⁴⁰ “Exemplo marcante das novas Constituições sociais, com elevada proteção de direitos, é a Constituição de Weimar, de 1919 – com sua concepção democrática, de orientação social, expressa na organização do Estado e no rol de direitos sociais (educação, saúde, trabalho, previdência social etc.). Já a Constituição mexicana de 1917 apresenta grau elevado de proteção em relação a direitos trabalhistas e previdenciários. A Constituição de Weimar introduziu a substituição da posição absenteísta do Estado em relação à sociedade e aos direitos individuais por uma posição ativa, necessária para a efetivação dos novos direitos”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 38.

¹⁰⁴¹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 48.

¹⁰⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 29.

subsunção do caso ao direito, limitado às leis, longe de um controle de constitucionalidade, convencionalidade ou até mesmo legalidade.

O acesso¹⁰⁴³ à justiça era precário e a sociedade apenas iniciava o primeiro passo ao descobrimento da segunda dimensão do direito. A constituição ainda não era o ponto de equilíbrio do jurista e nem o fundamento maior da tomada de decisão jurídica em sociedade: não se notavam os valores democráticos, a dignidade humana e os direitos fundamentais¹⁰⁴⁴. O juiz deveria ou declarar em sentença a norma geral (lei), sem produzir uma norma individual, ou criar uma norma individual com base na norma geral editada pelo parlamento, declarada na fundamentação da sua sentença, de modo que em qualquer dos casos a atividade jurisdicional estava subordinada ao princípio da supremacia da lei. Nenhuma das duas fórmulas correspondia às exigências de um Estado constitucional, “não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar à ‘compreensão’ do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação jurisdicional”.¹⁰⁴⁵

Especialmente no diapasão entreguerras¹⁰⁴⁶, o Estado ativo, parcialmente parlamentar e autoritário, possuidor de uma legislação muito abrangente, aliado aos problemas sociais da elevada inflação, crises econômicas e perturbações não solucionáveis no campo da justiça, moldaram, portanto, o perfil do juiz como uma

¹⁰⁴³ A própria Igreja Católica que exercia forte influência social naquele período clamou, ainda durante a era do Estado liberal, transformações sociais que possibilitassem à população, especialmente a mais carente, o acesso à justiça. Nesse sentido: “Os direitos, em que eles se encontram, devem ser religiosamente respeitados e o Estado deve assegurá-los a todos os cidadãos, prevenindo ou vingando a sua violação. Todavia, na protecção dos direitos particulares, deve preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a protecção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre”. PAPA LEÃO XIII. **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**.

¹⁰⁴⁴ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 347

¹⁰⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 64. Referindo-se às teorias de Canelutti e Kelsen.

¹⁰⁴⁶ “En la situación precedente, sobre todo hasta el período de entre-guerras, las ramas centrales del ordenamiento disponían de una dogmática relativamente coherente con el propio texto legal - la propia codificación de Derecho Civil recoge los criterios de esa dogmática, que de ese modo resulta históricamente unida al propio material normativo al que se aplica - y esa dogmática de aceptación general permitía que la decisión se elaborase en el curso de un razonamiento previsible y homogéneo”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 74.

figura praticamente anacrônica¹⁰⁴⁷. Também não foi nesse período que os juízes obtiveram independência nem o Judiciário autonomia¹⁰⁴⁸.

4.4 JURISDIÇÃO NOS ESTADOS REVOLUCIONÁRIOS

No decorrer do século XIX, o mundo observou o surgimento de Estados revolucionários totalitários, destacando-se dois modelos principais: o soviético marxista-leninista e o fascista-nazista.

Do ponto de vista jurisdicional, não se pode falar, em nenhum deles, de independência do Judiciário, tendo em vista que inexiste materialmente em qualquer dos modelos separação ou equilíbrio entre os poderes. Legislativo e Judiciário, não obstante existirem estruturalmente, estão submetidos ao arbítrio do soberano, concentrador de todos os poderes do Estado, de modo personificado, no Executivo. A lei deixa de ser a vontade popular para se traduzir nos desejos do governante. As decisões jurisdicionais, assim, são igualmente a manifestação do Poder do governante no caso concreto, muitas vezes obtemperado por intermédio de tribunais políticos e de exceção, utilizados como verdadeiros instrumentos de Poder dando aparência de legalidade às atrocidades governamentais, legitimando, formalmente, a tirania.

Nas ditaduras não há espaço para juiz independente e orientado pelo direito e pela constituição, pois nelas se “exigem juízes que façam cumprir as vontades dos líderes, ao abrigo da lei ou não¹⁰⁴⁹”. Assim, “o que foi estatuído pela

¹⁰⁴⁷ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 30.

¹⁰⁴⁸ “*Poder Judicial: en definitiva, un conjunto orgánico subordinado al ejecutivo y una función jurisdiccional independiente mientras no afecta a sus líneas políticas*”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 122; - ou seja, o Judiciário estava separado mas subordinado ao Executivo nas linhas políticas do Estado; até poderia ter certa autonomia para julgar as demais questões (não independência).

¹⁰⁴⁹ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 30.

constituição torna-se num governo de injustiça. Apenas o remanescente da normalidade é deixado ao cuidado do juiz”.¹⁰⁵⁰

O princípio da legalidade no Estado soviético, por exemplo, não é observado sob a ótica da adequação constitucional, mas sim pelo seu amoldamento axiológico aos valores socialistas, pouco importando que estes não sejam coincidentes ao texto maior. Por isso, a tarefa dos tribunais não deveria ser a aplicação da lei, mas sim promover a essência de princípios e políticas marxista-leninistas, na visão politicamente direcionada e não estritamente jurídica. A função dos tribunais não seria a de eliminar o terror, mas substituir ele por ações legitimadoras como um órgão do Estado proletariado.¹⁰⁵¹

Nesse campo da Jurisdição, há uma latente redução da função do juiz e da interpretação em geral, além da impossibilidade de fiscalização de constitucionalidade das leis. E apesar da sedimentação de tribunais revolucionários que opunham o “terror em massa”, eles não foram instrumentos inteiramente eficientes para atingir o fim extremo de forma imediata buscado pelo partido bolchevista, pois alguns juízes, por exemplo, relutavam em impor sentenças de morte aos “inimigos do Estado”. Em razão disso, o exercício da jurisdição foi gradativamente sendo deslocado para uma entidade nova e muito mais letal: a *cheka* – um comitê de emergência ou comissão extraordinária consistente em uma polícia secreta. O decreto que a institui nunca foi publicado, mas é certo que a *cheka* se tornou o Estado dentro do Estado, designado como um poder ilimitado, inclusive para julgamentos “jurisdicionais” sumários, pautados para erradicar qualquer pessoa que dificultasse a implementação da ordem socialista.¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: O Perfil do Juiz na Tradição Oriental.** p. 31.

¹⁰⁵¹ “*Lenin believed that the Soviet courts needed to be ‘an organ of state power’. ‘The court is an organ of power of the proletariat. The court is an instrument for inculcating discipline’, Lenin argued. According to him, ‘the only task of the judiciary is to provide a principled and politically correct (and not merely narrowly juridical)... essence and justification of terror... The court is not to eliminate terror... but to substitute it and legitimize it in principle’.* ZIMMERMANN, Augusto. **Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal.** p. 389

¹⁰⁵² “*Although Lenin deemed ‘mass terror’ an indispensable instrument to every socialist government, to his great disappointment those revolutionary tribunals turned out not to be entirely efficient*

Não foi diferente no tocante ao fascismo, que originou também o nazismo. A Jurisdição alemã da época pode traduzir com bastante propriedade qual era o perfil do juiz nesse modelo de Estado autoritário.

A Alemanha pré-nazista tinha uma estrutura jurisdicional bem organizada¹⁰⁵³. A partir de 1933, um dos primeiros atos de Hitler foi romper a independência do Judiciário, aos poucos removendo juízes antinazistas, abolindo as garantias da magistratura e transformando o serviço público gradualmente em um sistema de nomeações políticas por meio da “lei de restauração do serviço civil”. Esse decreto retirou dos cargos do Judiciário todos os judeus ou os “não-arianos”, os que eram membros dos partidos liberais, socialistas ou organizações democráticas, ou os que manifestavam posicionamento “politicamente não confiáveis”. Todos eles foram substituídos por membros filiados ao partido nacional-socialista, que deveriam jurar pessoalmente lealdade a Hitler. Os tribunais dos estados foram federalizados e submetidos à hierarquia de Berlim.¹⁰⁵⁴

No início do governo nazista, os tribunais superiores ainda estavam, de certa forma, presentes, podendo ser observado em um julgamento em que a corte de justiça se recusou a condenar certos líderes socialistas pela suposta queima do prédio de Reichstag, em 1933. A partir de então, em substituição aos tribunais

instruments of oppression. Too many of their magistrates could easily be bribed, and they appeared reluctant to impose sentences of death on ‘enemies’ of the socialist state. This was not what Lenin expected so that a new instrument of terror had to be conceived. Thus, the power of those tribunals was gradually transferred to a new and far more deadly entity: the Cheka. Since the decree establishing the Cheka was never published, the exact date of its creation cannot be ascertained. Although its date of creation is uncertain it is nonetheless absolutely clear that since its establishment the Cheka became a state within the state, assigned as it was with an unlimited power to eradicate anyone perceived to ‘undermine the foundations of the socialist order’. ZIMMERMANN, Augusto. **Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal**. p. 387/8.

¹⁰⁵³ “Os ditadores modernos entendem que a lei e os advogados são um incômodo. Estaline enviou dois dos autores da Constituição de 1936 para a morte e o Partido de Hitler desde cedo exigiu (art. 19 do Programa de Partido de 1920) a substituição do Direito Romano pelo Direito Comunitário Germânico – declaração de guerra aos *Professorenrecht* do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Consequentemente, já em Junho de 1933, cinco meses após a nomeação de Hitler como Chanceler, foi fundada a Academia de Direito Germânico à qual foi atribuída a tarefa de elaborar uma proposta do *Volksgesetzbuch*: a ‘lei do povo’ que iria substituir a ‘lei dos advogados’. CAENEGEM, R. C. Van. “**Oráculos da Lei**” ou “**Bouche de la loi**”. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 45.

¹⁰⁵⁴ HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. p. 392.

superiores foram criados tribunais de exceção e especiais. Os principais processos, por exemplo, eram submetidos ao “tribunal do povo” (*volksgerichtshof*), sem prejuízo dos outros “tribunais especiais” (*sonder-gerichte*). Somente os representantes mais leais do movimento nazista foram nomeados para ocupar cargos nesses tribunais, inexistindo apelo contra suas sentenças¹⁰⁵⁵.

Mesmo diante do fato de apenas partidários políticos poderem ocupar os cargos jurisdicionais, o Judiciário estava, de todo modo, submetido ao Executivo, inicialmente ao ministério da justiça do *reich*; posteriormente, toda a estrutura, inclusive este ministério, passou a ser subordinado ao ministério da propaganda nazista, especialmente em todos os assuntos referentes a julgamentos políticos. Além disso, a *gestapo* estava autorizada a interferir em todos esses casos. Como resultado, o antigo Judiciário foi privado do último fragmento de Poder independente e transformado em um corpo de agentes do governo, controlado por autoridades políticas e funcionando como um instrumento de despotismo.¹⁰⁵⁶

Era esse um perfil de juiz mais do que anacrônico, pois absolutamente parcial e voltado aos interesses do partido, talvez não se podendo afirmar que o Judiciário era um Poder nulo, como preceituou Montesquieu, tendo em vista que ele era utilizado como verdadeiro e efetivo instrumento de opressão.

4.5 JURISDIÇÃO “DEMOCRÁTICA” E AS DIMENSÕES DO DIREITO

A fase do Estado democrático coincide com o término da II Guerra Mundial, que por sua vez originou uma nova visão para o direito¹⁰⁵⁷, exigindo que ele

¹⁰⁵⁵ “Hitler não se limitou a referir-se aos juízes com desdém. Em 1942, num acesso de fúria eliminou a independência dos juízes e nomeou-se a si próprio ‘dirigente dos tribunais’”. STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 31.

¹⁰⁵⁶ HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. p. 392/3.

¹⁰⁵⁷ “É necessário frisar que a transformação da concepção de direito obviamente repercutiu sobre a função do juiz e, portanto, exige uma nova conceituação de jurisdição [...]. O juiz não é

fosse humanizado¹⁰⁵⁸ e universalizado¹⁰⁵⁹ para inserir os primados da dignidade da pessoa humana, como decorrência da observância dos direitos fundamentais, de modo interiorizado nos Estados, especialmente por meio de tratados¹⁰⁶⁰ internacionais que buscam a construção de um padrão ético globalizado, fruto de um sentimento¹⁰⁶¹ de solidariedade mundial eclodido como forma de reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários¹⁰⁶², especialmente o nazista.¹⁰⁶³

mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais". MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 29.

¹⁰⁵⁸ "A doutrina dos direitos humanos foi elaborada para limitar o poder político no interior dos Estados nacionais. Seu escopo se ampliou com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945". RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 296

¹⁰⁵⁹ "O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de qualificar os direitos do homem como o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações. Com isso, estão claramente duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal". ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradução de Luís Afonso Heck. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul/set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 12 set. 19. p. 55.

¹⁰⁶⁰ "A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos. Eles incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 out. 19.

¹⁰⁶¹ "E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 234.

¹⁰⁶² "A eclosão da segunda guerra mundial foi um hiato nessa evolução, mas pode-se dizer que, pelas brutalidades que produziu, e por ter despertado a consciência da humanidade para a necessidade do estabelecimento de normas de organização da sociedade e do governo que impossibilitassem o retorno a qualquer forma de absolutismo e de degradação da pessoa humana, deu impulso decisivo para a afirmação de um novo constitucionalismo, democrático e humanista". DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. p. 354.

¹⁰⁶³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 50.

Foi com esse objetivo que em 1945, logo após ao término da segunda grande guerra, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, que editou a Declaração Universal dos Direitos¹⁰⁶⁴ Humanos¹⁰⁶⁵, contendo trinta artigos, proclamada em 1948 para simbolizar o nascimento de uma nova ordem mundial realmente comprometida com os direitos fundamentais¹⁰⁶⁶, visando à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos.¹⁰⁶⁷

Nesse contexto, a Declaração introduziu uma concepção contemporânea aos direitos humanos, como a característica da universalidade e da indivisibilidade. Universalidade diante da sua extensão mundial sedimentada na crença de que a condição humana é requisito essencial para a titularidade de direitos a partir da consideração de cada pessoa como um ser “moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana”. “A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens¹⁰⁶⁸”. E indivisibilidade, tendo por pressuposto que a “garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”; a partir da violação de qualquer um deles, os demais também automaticamente o são, compondo-se, os direitos humanos, dessa forma, em “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Universal Declaration of Human Rights. Portuguese.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: out. 19.

¹⁰⁶⁵ “Os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos”. ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 58.

¹⁰⁶⁶ “A concepção contemporânea dos direitos humanos é originária da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, à qual se seguiram os Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e sobre Direitos Civis e Políticos (1966); seus fundamentos foram confirmados, mais recentemente, pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena, de 1993”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 296.

¹⁰⁶⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 50.

¹⁰⁶⁸ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 59.

¹⁰⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 61.

A Declaração representa a sedimentação de um processo ético que iniciou com as revoluções liberais, levando ao reconhecimento da igualdade material de todo ser humano em sua dignidade enquanto pessoa, ou seja, “como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, acrescentando a isso o espírito da fraternidade¹⁰⁷⁰.¹⁰⁷¹

Desde então, o maior objetivo do direito internacional passou a ser a proteção global do ser humano¹⁰⁷², independentemente de nacionalidade ou residência, tornando os Estados¹⁰⁷³ soberanos verdadeiras instâncias decisórias para a concretização e efetivação dos direitos humanos, em um espaço público universal¹⁰⁷⁴ fundado no princípio da igualdade material perante a lei¹⁰⁷⁵, fazendo emergir a terceira dimensão do direito, “também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade¹⁰⁷⁶”.

¹⁰⁷⁰ “Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 232.

¹⁰⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 234.

¹⁰⁷² “A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. p. 61.

¹⁰⁷³ “O Estado é, portanto, necessário não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem”. ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. p. 62.

¹⁰⁷⁴ “Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação transindividual ou mesmo universal (transnacional), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”. SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. p. 321.

¹⁰⁷⁵ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 296.

¹⁰⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. p. 321.

Influenciados por esse humanismo universal, as constituições¹⁰⁷⁷ contemporâneas passaram a prever como direitos fundamentais a base teórica do contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰⁷⁸. O reconhecimento desse direito humanizado por meio da positivação¹⁰⁷⁹ constitucional imprimiu mecanismos jurídicos para sua efetivação dentro do espaço soberano estatal.¹⁰⁸⁰ E da mesma forma acabou por influenciar a aprovação de tantos outros tratados internacionais importantes, que se incorporaram nos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários – incluindo o Brasil –, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁰⁸¹ e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁸², ambos de 1966¹⁰⁸³ - os três documentos constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos.¹⁰⁸⁴ “Dessa nova concepção resultará a criação

¹⁰⁷⁷ “Constituições modernas dão aos direitos fundamentais em geral, por conseguinte, a força de concretização suprema e quando elas não o fazem deveriam ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas. ALEX, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 63.

¹⁰⁷⁸ “As Constituições passaram a conter inúmeros dispositivos dedicados à definição de meios e garantias dos direitos fundamentais, ampliando-se consideravelmente o papel do Estado, como principal responsável pela garantia de direitos”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. p. 144.

¹⁰⁷⁹ “Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido. O preâmbulo manifesta isto claramente quando ele diz que ‘é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito’”. ALEX, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 57.

¹⁰⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 169.

¹⁰⁸¹ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

¹⁰⁸² BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

¹⁰⁸³ “Uma contribuição importante para a sua concretização internacional forneceu e fornece a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do mesmo dia, que, naturalmente, está dotado com muito menor força de concretização. Ao lado deles e de outros pactos delineados internacionalmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais”. ALEX, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 67.

¹⁰⁸⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 50.

de uma linha teórica denominada ‘garantismo’, que para muitos é o ponto mais avançado constitucionalmente”.¹⁰⁸⁵

Igualmente, do novo constitucionalismo emergido a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos decorre a obrigatoriedade do Poder político ser, “necessariamente, o poder jurídico, estabelecido e exercido democraticamente, com absoluto respeito a normas constitucionais dotadas de plena e imediata eficácia jurídica¹⁰⁸⁶”. Ou seja, um Poder em que a soberania se funda no direito, na constituição, com estrita observância do princípio da legalidade visualizada sob a ótica dos direitos fundamentais, e não na pessoa do soberano^{1087, 1088}

O respeito ao princípio da legalidade é um primado elementar, tendo em vista que a lei é traduzida na expressão da vontade popular, observando-se, com isso, também a segurança jurídica, que se concretiza nos órgãos jurisdicionais livres, independentes e estruturados para a solução dos conflitos entre a sociedade e entre esta e o próprio Estado.¹⁰⁸⁹ Mas nesse caso a lógica é invertida: compreende-se a lei a partir dos direitos fundamentais, “pois hoje são as leis que tem a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas”¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. p. 144.

¹⁰⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. p. 354.

¹⁰⁸⁷ “Ampliou-se o conceito de soberania, abrindo-se para os cidadãos novos postos de representação, a exemplo do que se sucede quando é provocado o Judiciário no controle de constitucionalidade das leis”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 390.

¹⁰⁸⁸ Cuidaria o constitucionalismo europeu, e todavia além, o constitucionalismo internacional de uma terceira quebra de paradigma: depois do direito jurisprudencial, do Estado legislativo e do Estado constitucional, um quarto modelo, uma ordem constitucional ampliada ao plano supranacional, que em nada coincide com o velho Estado e, sem embargo, conserva as formas e as garantias constitucionais. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 27.

¹⁰⁸⁹ SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. p. 229.

¹⁰⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 66.

“No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹⁰⁹¹”, assim como a autodeterminação dos povos¹⁰⁹² e a qualidade de vida como decorrência do direito ao meio ambiente saudável¹⁰⁹³.¹⁰⁹⁴ Não estão esses direitos em um rol taxativo ou exaustivo, e o processo de descoberta de novos direitos será sempre infundável.¹⁰⁹⁵

Em uma análise conjunta entre as dimensões do direito¹⁰⁹⁶, nota-se que os de primeira dimensão podem ser reivindicados pelo próprio indivíduo; os de segunda dimensão têm a titularidade atribuída às diversas coletividades existentes que organizadamente podem pleitear tais direitos ao Estado, porquanto os de terceira dimensão seriam de titularidade indefinida e indeterminada, de toda a humanidade, não obstante ser o próprio indivíduo usufruidor deles¹⁰⁹⁷, indiretamente ou diretamente ao o exigir subjetivamente¹⁰⁹⁸. Por isso, os direitos de terceira dimensão carregam como elemento distintivo o fato de, em princípio, desgarrarem-se “da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de

¹⁰⁹¹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 50.

¹⁰⁹² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. p. 132.

¹⁰⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 51.

¹⁰⁹⁴ “Trata-se do direito à autodeterminação dos povos, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio para a presente e para as futuras gerações, à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural e à qualidade de vida, à propriedade sobre o patrimônio econômico da humanidade e à comunicação”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 70

¹⁰⁹⁵ No mesmo sentido: GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 66, 68/9.

¹⁰⁹⁶ “*Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad, corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)*”. PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995. p. 20.

¹⁰⁹⁷ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 67.

¹⁰⁹⁸ “Os direitos subjetivos também podem ser opostos à modalidade de direitos coletivos, sendo estes chamados de direitos de terceira geração. Os direitos de primeira geração, por sua vez, correspondem aos direitos elementares à vida, à integridade física e às liberdades civis consagradas após as revoluções burguesas do século XVIII, e os direitos de segunda geração são aqueles direitos sociais que emergiram após as necessárias reflexões trazidas pela Revolução Industrial, com a emergência do Estado assistencialista, a proteção dos direitos do trabalhador em relação ao empregado e a garantia de acesso à saúde, à educação e aos demais serviços essenciais para manutenção da dignidade da pessoa humana, sendo que ambas modalidades são tuteladas de forma subjetiva”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. p. 264.

grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual¹⁰⁹⁹ (coletiva¹¹⁰⁰ ou difusa)¹¹⁰¹.¹¹⁰²

Em decorrência dessa nova dimensão, o direito passou a prever novos ramos alargando a esfera de proteção, como o “Direito Ambiental, o Direito do Consumidor e os direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis (criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência, mulher, afrodescendentes, índios, etc.)”, ultrapassando a dualidade até existente entre direito público e direito privado. Nessa nova divisão dicotômica observada em relação aos direitos individuais e coletivos, esse segundo grupo apresenta dois sinais diferenciadores: são transindividuais, ou seja, como anteriormente afirmado, de titularidade de toda a humanidade, “como os potenciais consumidores no mercado interno de um país, as mulheres trabalhadoras, quaisquer pessoas com dificuldade de caminhar, entre outros”; são indivisíveis¹¹⁰³, pois “a satisfação desses direitos a um único titular gera a satisfação dos direitos de todos os demais titulares”.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁹ “Os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu* são subdivididos em direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu* e contrastam com os direitos subjetivos ou individuais quanto ao sujeito de direito”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. p. 264.

¹¹⁰⁰ “Os direitos coletivos, portanto, são direitos que ultrapassam a barreira do indivíduo enquanto sujeito de direito, sendo a tutela do direito de um determinado indivíduo relacionada à tutela de direitos de uma coletividade definida ou indefinida”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. Citando Norberto Bobbio.

¹¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. p. 321.

¹¹⁰² “Grupos, comunidades e Estados compõem-se, sem dúvida, de homens mas não são homens. O que concerne ao conceito de direito do homem, assim, não causa problemas, de um direito do homem do particular falar depois que seu grupo, sua comunidade ou seu Estado é protegido na existência, na identidade ou no desenvolvimento. O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade. [...] Ademais, permanece possível fundamentar direitos de coletividades como meio para a realização de direitos do homem”. ALEX, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 59.

¹¹⁰³ “A conservação do conjunto arquitetônico de uma cidade histórica beneficia simultaneamente a comunidade local, os turistas e toda uma nação (eventualmente do planeta, quando se tratar de patrimônio cultural da humanidade), inclusive as gerações futuras. Da mesma forma, a redução dos níveis de ruído noturno em um bairro residencial proporciona maior tranquilidade não só para moradores permanentes como também para pessoas que transitoriamente encontram-se na região (hóspedes de hotéis), prescindindo-se assim da adoção de soluções individualizadas, como instalação de isolamento acústico em todos os imóveis”. GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado**. p. 264.

¹¹⁰⁴ GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do**

Em suma, o direito do homem ao direito positivado não é apenas um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas sim um “direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem”, justamente porque é nesse “asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo”, iluminando também o novo perfil do juiz do Estado democrático. Afinal, “a observação aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo”.¹¹⁰⁵

Nesse campo jurisdicional, depois de vislumbrar modificações substanciais no perfil do juiz entre a idade média e o período entreguerras, quando o magistrado deixou de ter protagonismo social para se limitar a ser a “boca da lei”, após o término da II Guerra Mundial, que foi, em regra, acompanhada pelo declínio dos Estados autoritários, o perfil do juiz renasceu como uma fênix. Com o término das batalhas, “os Estados queriam voltar ao normal. Acima de tudo o que eles pretendiam era um Estado constitucional, a separação dos poderes, a independência do juiz”.¹¹⁰⁶

Sem embargo, até a sedimentação do Estado constitucional democrático, no decorrer da segunda metade do século XX, não se enxergava o juiz como garantidor ordinário de direitos e liberdades dos indivíduos. Foi a partir da teoria de Kelsen, notadamente no pós-guerra, que a constituição deixou de significar uma carta política do Estado para também se solidificar como uma carta jurídica, impulsionando o direito definitivamente para o encontro das liberdades públicas e dos direitos fundamentais através do máximo reconhecimento e garantia. Foi a passagem do Estado legal de direito para o Estado constitucional de direito - ou, em outras palavras e de acordo com o silogismo até então empregado na presente pesquisa, a passagem do Estado constitucional liberal para o Estado constitucional democrático. Assim, a primazia da constituição sobre as leis, a submissão do legislador ao Poder constituinte, o reconhecimento constitucional dos direitos

Estado. p. 264.

¹¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático:** Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 61.

¹¹⁰⁶ STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia.** in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.** p. 32.

fundamentais, garantidos por meio da Jurisdição constitucional¹¹⁰⁷, passam a formar os novos fundamentos dos sistemas político-jurídicos surgidos na Europa ocidental depois da II Guerra Mundial.¹¹⁰⁸

A consequência disso foi o vislumbamento de uma nova compreensão sobre a divisão de poderes e o redimensionamento do Judiciário na estrutura estatal. A partir de então, Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes verdadeiramente constituídos e juridicamente sujeitos à constituição, possibilitando a aparição de um sistema de justiça garantidor da normatização constitucional e destacadamente dos direitos fundamentais, portanto, em uma relação prevalente sobre os demais poderes, pois é por meio dos tribunais ordinários, constituídos e vinculados à constituição, que estes se traduzem nos garantidores dos direitos fundamentais no exercício da Jurisdição. Nasce, desse modo, um verdadeiro Poder Judiciário, orgânica e funcionalmente independente, juridicamente apto para oferecer a adequada e devida garantia dos direitos aos cidadãos.¹¹⁰⁹

Ao Estado democrático é preciso agregar o Estado social, que superou a imposição da lei como mera controladora de Poder para distribuir a liberdade e a igualdade em um plano material mediante a intervenção e a prestação de serviços públicos, obrigando a colaboração constante do Executivo predominante ao Legislativo debilitado, exigindo a participação efetiva e a maior presença do Judiciário para dirimir não apenas questões jurídicas, mas também políticas em garantia individual diante da ação motorizada e intervencionista dos demais Poderes.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ “Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto’ e complemento”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 446

¹¹⁰⁸ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 42.

¹¹⁰⁹ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 43.

¹¹¹⁰ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 44 - nessa última parte se referindo a Garapon.

Assim, o Judiciário e os juízes foram dotados de independência, “pessoalmente e de facto”. Instituíram-se variados níveis de Jurisdição para a proteção legal de diversos direitos para além dos julgamentos civis e penais, como a criação de tribunais administrativos e econômicos. Na maior parte dos Estados implementou-se um tribunal constitucional¹¹¹¹ que passou a ser o responsável pelo controle dos atos e da normatização do Estado.¹¹¹² O perfil do juiz e a própria efetivação do direito sofreram alterações especialmente diante do surgimento das garantias¹¹¹³ derivadas de constituições¹¹¹⁴ rígidas e de prerrogativas destinadas aos órgãos julgadores.

É certo que antes do término da II Guerra Mundial alguns direitos fundamentais existiram, na França, na Alemanha e em outros lugares, mas seus significados compreendiam muito mais meras declarações político-filosóficas do que textos normativos cogentes. E isso ocorria justamente porque, naquele período, salvo raras exceções, “nenhum órgão independente tinha a prerrogativa de supervisionar suas reais aplicações”. Esse processo entabulado por meio de uma revolução constitucional só foi compreendido após a dolorosa experiência mostrada pelo totalitarismo de Estado implementado durante a guerra, gerador de tirania e opressão derivadas de um Poder político sem freios, quando, a partir de então, estabeleceu-se que a “Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos”. O exemplo foi

¹¹¹¹ “Constituições modernas dão aos direitos fundamentais em geral, por conseguinte, a força de concretização suprema e quando elas não o fazem deveriam ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas. ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 63.

¹¹¹² STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 32.

¹¹¹³ No Estado Democrático de Direito compõe-se um sistema de garantias, derivado de Constituições rígidas, que se caracterizam, simultaneamente, pelo caráter positivo de suas normas e pelo seu conteúdo, projetado segundo valores éticos e políticos centrados na dignidade humana. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 207/8.

¹¹¹⁴ “A la luz de la obra de KELSEN, la Constitución en el continente europeo pasa a ser la primera norma del ordenamiento jurídico, transformando a su vez el Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 42.

assimilado e a lição compreendida. “Cortes constitucionais foram criadas e processos constitucionais esboçados para fazê-las funcionar”.¹¹¹⁵

Assim, a própria hermenêutica jurídica sofreu mutação¹¹¹⁶. “Segundo um procedimento constitucional qualificado¹¹¹⁷”, a lei passa a ser observada a partir da sua adequação, e não subordinação, ao arcabouço jurídico mais elevado, inexistindo, com isso, supremacia de um Poder em relação ao outro ou destes no tocante aos indivíduos ou à sociedade, pois todos estão igualmente vinculados à constituição. É por isso que o direito, no Estado democrático, apesar da segurança jurídica que nele deve imperar, é volátil e maleável¹¹¹⁸, inexistindo valores ou princípios absolutos, adaptando-se todos eles continuamente às necessidades da sociedade complexa em conjugação com o imperativo do pluralismo democrático (conteúdo material) e com a lealdade às regras do jogo (aspectos procedimentais).¹¹¹⁹

A visão em que o caso submetido ao Judiciário era entabulado como algo praticamente pré-definido¹¹²⁰, e a função do juiz apenas preencher as pequenas

¹¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. p. 20/1.

¹¹¹⁶ “A ‘interpretação conforme os direitos fundamentais’ (ou ‘interpretação orientada pelos direitos fundamentais’) distingue-se da ‘interpretação conforme a Constituição’ no que tange ao seu campo de atuação. Enquanto a última, como método hermenêutico constitucional, propugna pela escolha da interpretação mais condizente com a Constituição em havendo mais de uma interpretação possível do ato normativo, a primeira concretiza o vínculo específico do órgão jurisdicional, na medida em que ordena uma interpretação de regras e cláusulas gerais que, segundo o seu teor, não tangencie o âmbito protegido da liberdade individual, sendo o mais favorável possível à realização dos comportamentos individuais ou status tutelados pelas normas constitucionais jusfundamentais”. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. p. 101.

¹¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 123.

¹¹¹⁸ “[...] *el incremento en el número de doctrinas de la interpretación, la construcción de nuevos modelos, a veces altamente elaborados, no hace sino incrementar el número de las posibilidades de elección y con ello acentuar aún más la libertad de intérprete y poner más claramente al descubierto el carácter de decisión que por naturaleza corresponde a su acto*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 75.

¹¹¹⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.312.

¹¹²⁰ “Aplicar el derecho no significa desde luego, que la norma aplicada contenga todos los datos de la premisa mayor del silogismo con el que el juez dice para un caso concreto cuáles son las consecuencias previstas por el ordenamiento: el acto aplicativo no corresponde a ningún automatismo, no excluye por completo una labor del juez en la creación de la premisa mayor, que no viene dada en su totalidad por la ley. Aplicación no es, en consecuencia, pura y simple subsunción del caso en una regla general preconstituida en todos sus *extremos*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 40.

particularidades, sem a necessidade de outorgar sentido ao direito, bastando a mera subsunção dos fatos à norma geral mediante a utilização simples da lógica, declarando o direito ou criando a norma individual, diante do princípio da supremacia da lei ou do positivismo acrítico, ficou no passado¹¹²¹. Se antes declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral¹¹²², agora¹¹²³ o juiz passa a criar¹¹²⁴ a norma jurídica tomando como referência a interpretação de acordo com a constituição¹¹²⁵, o controle de constitucionalidade¹¹²⁶ e a adoção da regra do

¹¹²¹ “Chiovenda compartilhou da teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito. O direito, para ele e para os seus contemporâneos, nada mais era do que a própria lei, ou seja, não mais do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Na atividade jurisdicional, ao juiz restava aplicar a norma geral criada pelo legislador. Havia uma nítida separação entre aplicação e criação do direito” (p. 428). “Carnelutti, diferentemente de Chiovenda, afirmava que a função do juiz era a composição da lide. E, ao “compor a lide”, criava a norma individual que regularia o caso concreto. A sentença, ou norma individual, nessa hipótese, fazia concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. A composição da lide se verificava quando a sentença tornava a norma geral particular para as partes” (p. 430). ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 428-430.

¹¹²² “Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição pelas atividades de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. p. 8.

¹¹²³ “Transcorrido o tempo, os poderes políticos transformaram-se e o Poder Judiciário passou a ter uma função de maior destaque, qual seja, a de estabelecer o equilíbrio entre os Poderes Executivo e o Legislativo, redefinindo, assim, o papel do juiz”. PELICIONI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006. pp. 20-30. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 23 maio 2020. p. 21/2.

¹¹²⁴ “No raciocínio de Kelsen, essa norma geral seria aplicada, ao invés de criada, em razão de que o juiz não pode criar norma geral, e seria não-positiva por não ter sido criada pelo legislador. Mas, se a positividade decorre de a norma ter sido criada por ato humano, nada poderia impedir a conclusão de que o juiz, quando aplica a norma geral não criada pelo legislador, na verdade a cria, e que essa, por consequência, é dotada de positividade”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 73.

¹¹²⁵ “Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, frequente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (v. infra). E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 295.

¹¹²⁶ *Judicial review* – controle de constitucionalidade – origem – *common law*: “O aspecto crucial, nessa discussão, consiste em não se restringir à narrativa de conceber Marbury como marco histórico do início do *judicial review*, tampouco regozijar-se com o gênio de John Marshall pela suposta autoria dessa prática. É que um pressuposto aqui definido reside justamente em que o *judicial review* acarretou uma mudança no conceito de Constituição, que deixou de ser tão somente

balanceamento¹¹²⁷ (ou da regra da proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto – “o *judicial review* acarretou uma mudança no conceito de Constituição, que deixou de ser tão somente uma *fundamental law* para se tornar uma *paramount law*¹¹²⁸”; vide *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880)¹¹²⁹.¹¹³⁰

A aplicação do direito deixa de ser um ato resultante de dedução lógica, passando a constituir um ato volitivo lastreado nos diversos modos de interpretação. A moderna hermenêutica conduz à possibilidade de adoção de uma solução concreta dentre as múltiplas permitidas, cabendo ao julgador optar por qualquer uma delas, mas de maneira responsável – “*El jurista en cuanto funcionario o en cuanto juez tiene que preparar, hallar y fundamentar una decisión responsable*”.¹¹³¹

Em suma, disso tudo resultam evidentes e significativas as transformações no exercício da Jurisdição, onde o protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas sim aos juízes ¹¹³². Mudam os fundamentos

uma *fundamental law* para se tornar uma *paramount law*; então, não se pode ignorar que o surgimento do conceito na linguagem política do período pós-revolução seja necessariamente precedido de uma prática institucional que lhe deu suporte (p. 117/8). [...] Ou seja, a Constituição passou a ser compreendida como norma jurídica efetível pelo Judiciário (e não apenas uma carta de declaração de princípios políticos destituída de força vinculante) e como objeto do processo hermenêutico de interpretação e de aplicação jurídica (*to expound the law*), conforme ocorria até então com as leis ordinárias. Em certo sentido, pois, deu-se um processo de “legalização” da *fundamental law* (p. 128). [...] Daí, conforme ressaltado ao longo do texto, a importância de não se estudar Marbury apenas como um caso isolado ou fundacional, mas dentro de um contexto específico em que se favorecia a tomada de decisões pelo Poder Judiciário em desfavor do Legislativo e de suas leis, mas sempre em nome da Constituição e da soberania do povo” (p. 129). COTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review: o mito de Marbury**. In: RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 115-132. Disponível em: Acesso em: 21 nov. 19.

¹¹²⁷ “Quando a prestação jurisdicional indica o resultado do balanceamento dos direitos fundamentais (não importa qual seja ele), a norma jurídica está atuando apenas em nome dos direitos fundamentais, sem se preocupar com a conformação da legislação. Além de dar efetividade ao direito fundamental no caso concreto, a jurisdição permite a convivência dos direitos fundamentais em abstrato”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 70/1.

¹¹²⁸ COTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review: o mito de Marbury**. In: RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 115-132. Disponível em: Acesso em: nov. 19.

¹¹²⁹ U.S. SUPREME COURT. *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/168/>. Acesso em: 21 nov. 19.

¹¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 71.

¹¹³¹ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 74.

¹¹³² O neoconstitucionalismo reúne elementos dessas duas tradições: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. Da primeira dessas tradições se extrai a ideia de garantia jurisdicional e uma correlativa desconfiança do legislador; cabe dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal que democrática, de maneira que se traduz na existência do

necessários para a atividade jurisdicional, abandonando-se o conceito contornado pelo liberalismo, que perdurou até os estágios mais atuais da sociedade, do juiz limitado pela lei e do dogma retratado na expressão “*dura lex sed lex*”, pois agora a função jurisdicional exige do juiz uma atividade desenhada pela constituição, deixando de ser mediador de conflitos para se transformar em um instrumento de garantia e realização de direitos fundamentais. A posição neutral de outrora foi substituída pela busca da concretização constitucional, com manifestações mais contundentes em novo espaço de atuação judicial, que passa a ser político e jurídico.¹¹³³

O Estado constitucional democrático inverteu, dessa forma, os papéis da lei e da constituição¹¹³⁴, sedimentando a obrigatoriedade de compreender o ordenamento jurídico tendo como ponto de partida os princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, enumerando como um dos deveres do juiz a interpretação da lei de acordo com o texto maior, “especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental”, possibilitando que se atribua significado¹¹³⁵ ao caso submetido a julgamento.¹¹³⁶

apoderamento dessa maioria a fim de que permaneça sempre aberto o exercício da soberania popular através do legislador. Da segunda tradição se herda, sem embargo, um ambicioso programa normativo que vá bastante além do que exigiria a mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo. Em poucas palavras, o resultado pode ser resumido da seguinte maneira: uma constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas sim aos juízes. SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 127.

¹¹³³ OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 551.

¹¹³⁴ Antes de tudo, mudam as condições de validade das leis dependentes não apenas da forma da sua produção senão também da coerência de seus conteúdos e princípios constitucionais. A existência, ou vigência, das normas, que no paradigma “paleo-iuspositivista” havia se dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida diante do contraste de seu significado com as normas constitucionais. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 18.

¹¹³⁵ “Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc, é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser

Nesse campo, quando a norma não puder ser interpretada de acordo com a constituição, ela deve ser declarada inconstitucional.¹¹³⁷ Essa proposta da constitucionalização¹¹³⁸ do ordenamento jurídico emergida no pós-guerra busca desenvolver um processo de transformação que resulte na total impregnação das normas constitucionais por todo o Estado, gerando um ordenamento jurídico caracterizado por uma constituição extremamente invasora, intrometida e persuasiva capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, assim como os atores políticos e as relações sociais.¹¹³⁹ Além disso, essa transformação¹¹⁴⁰ permitiu que o juiz pudesse alcançar a constituição diretamente em seus pronunciamentos judiciais, e não mais somente por intermédio do legislador¹¹⁴¹ - constituição enquanto carta jurídica.¹¹⁴²

estratificados em casos. Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 71. p. 63/4.

¹¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 96.

¹¹³⁷ “Una realidad: el esquema tradicional del Estado de derecho, el imperio de la ley y la sumisión de los jueces a ella, ya no puede ser entendido al modo clásico”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 75.

¹¹³⁸ “Se denomina ‘constitucionalización’ al proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución”. FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 163.

¹¹³⁹ GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 49.

¹¹⁴⁰ “La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente ‘constitucionalismo’ (y más precisamente ‘neoconstitucionalismo’ con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”. FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 164/5.

¹¹⁴¹ “Los operadores jurídicos ya no aceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos substantivos, esse acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevância constitucional”. SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 130.

¹¹⁴² “La aplicación directa de la Constitución – junto con la concepción de la Constitución que ésta presupone – es outro elemento essencial de la constitucionalización de ordenamento. Conviene observar, por outra parte, que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la terceira como a la cuarta, porque la aplicación directa de la Constitución

A natureza do processo judicial também transmutou-se para assumir uma feição altamente participativa, diante de um Judiciário cada vez mais próximo da população e com contato efetivo e contínuo com os reais problemas, desejos e aspirações da sociedade¹¹⁴³. Diante do déficit de representatividade¹¹⁴⁴, o processo igualmente se transformou no *locus* da democracia, por meio da participação popular na consecução das políticas públicas, “onde o contraditório atual nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana”.¹¹⁴⁵ O juiz deixou de ser a boca da lei para se transformar na voz do povo¹¹⁴⁶ e o indivíduo evoluiu de mero objeto para verdadeiro sujeito do processo¹¹⁴⁷.

presupone, por um lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por outro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva. GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 56.

¹¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. p. 43.

¹¹⁴⁴ “A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos”. ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 66.

¹¹⁴⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 520.

¹¹⁴⁶ “Nenhuma dúvida há de que nosso sistema jurídico se funda na supremacia da lei. Há que se afastar, contudo, o dogma da onipotência do legislador, ainda que este se apresente como constituinte. A sociedade segrega normas jurídicas, sob a forma de costumes, fonte do direito que perdeu muito, mas não por completo, a sua importância. Hoje a produção de normas jurídicas, diretamente pela sociedade, independentemente e contra o aparelho estatal, apresenta-se sobretudo sob a forma de rejeição. Na verdade, as leis precisam ser aceitas pela sociedade. Não basta que as faça o legislador. Daí o interessantíssimo fenômeno, com que volta e meia se defrontam os tribunais, das leis que não são leis, das leis que o são nos livros, mas não na vida real. O dogma da onipotência do legislador é, primeiro de tudo, falso e serve, em segundo lugar, para justificar qualquer absurdo e toda injustiça provenientes dos detentores do poder político. Entre o Legislativo, que produz as leis, e a sociedade, que as recebe ou rejeita, encontram-se os juízes, chamados a aplicar as leis que a sociedade aceitou e os costumes que com elas se conformam. Os juízes são governo e são povo”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 57.

¹¹⁴⁷ “Ademais, a Corte tem argumentado que o direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido desse conceito, e não simplesmente como seu objeto”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor contra Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010. Serie C No. 218, pár. 145. Disponível em: <http://bit.ly/1D9AWKS>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Para tanto, há uma relação dialógica entre o juiz e os demais atores processuais, oportunizando que todos os interlocutores possam falar, ouvir e dizer o que pensam perante um juiz capaz não apenas de ouvir, mas da mesma forma de compreender e falar. “Nesse aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo como instrumentos de participação”. Nas ações coletivas¹¹⁴⁸, por exemplo, compõem canais ou vias para a participação popular, ainda que por intermédio dos legitimados, quando os direitos fundamentais exigem a participação da sociedade no Poder, que se materializa pela Jurisdição, e o processo, nesse contexto, nada mais é do que um instrumento de Poder, ou um instrumento de participação no Poder, cuja regência está a cargo do juiz, e não somente do povo, de onde emana o Poder¹¹⁴⁹.¹¹⁵⁰

Nesse arcabouço jurídico, o Judiciário passou a examinar matérias que antes eram reservadas ao Executivo e Legislativo, notadamente com relação aos direitos difusos, substituindo as funções executivas estatais na concessão de direitos juridicamente protegidos, mas especialmente ocupando o espaço na função legislativa atuando como legislador positivo na preservação de interesses difusos e coletivos ainda não positivados, impondo deveres não previstos em lei, diante da eficácia direta da constituição.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁸ “Por outro lado, é preciso deixar claro que a pacificação social é apenas uma consequência da adequada tutela jurisdicional, e não um elemento capaz de definir a essência da jurisdição. Além disso, é importante frisar que a jurisdição exerce, no Estado contemporâneo, uma relevante função diante da imprescindibilidade da participação popular na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 98.

¹¹⁴⁹ “Como a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais, o que significa que o juiz também controla a constitucionalidade das leis a partir daí, é evidente que esses direitos podem se sobrepor à maioria parlamentar. Daí se falar em uma verdadeira luta pela interpretação dos direitos fundamentais e se advertir que o árbitro dessa luta não é o povo, de onde emana o poder, mas sim o juiz, perguntando-se se isso não colocaria em risco o princípio democrático”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 58.

¹¹⁵⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 520/1.

¹¹⁵¹ “As matérias que o Judiciário hoje examina como relativas aos direitos difusos eram reservadas à Administração. Chegavam ao Judiciário, quando muito, por ação de quem se sentisse lesado em algum direito subjetivo, por ato da Administração. Ocorreu uma revolução, quando o Judiciário passou examinar matérias relacionadas a ‘direitos difusos’, porque passou a atuar em lugar da Administração. E passou a atuar em defesa não só de direitos, isto é, de interesses juridicamente protegidos, mas também de ‘interesses difusos’, ou seja, de interesses não protegidos ou ainda não protegidos por Lei. Em outras palavras, o Judiciário passou a atuar também como legislador, impondo deveres não previstos em Lei, para o que influiu fortemente o neoconstitucionalismo, com a tese da eficácia direta da Constituição, dos princípios, até mesmo dos implícitos”. TESHEINER,

Diante de todo esse contexto, o juiz tem uma missão muito maior do que a atribuída artificialmente pelo legalismo, especialmente porque exerce ideologicamente uma atividade recriadora dinâmica, rompendo o antigo monopólio legislativo de elaboração e fixação do direito. O juiz, na atividade jurisdicional, deve estabelecer normas de aplicação necessárias ao desfecho da situação a ele submetida, porquanto a lei, por si só, não é elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos. “Há uma antinomia entre lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica, e o resguardo e manutenção destes princípios incumbe ao Juiz, e não o Poder Legislativo”, pois a lei depende da sua adequação à constituição e notadamente aos direitos fundamentais.¹¹⁵²

Paralelamente, altera-se o papel da Jurisdição, que passa a ser a aplicação da lei somente quando constitucionalmente válida, e cuja interpretação é sempre, por isso, também, um juízo sobre a lei que o juiz tem o dever de censurar como inválida diante da sua inconstitucionalidade.¹¹⁵³

Assim, a Jurisdição no Estado democrático, diante da nova visão atribuída ao direito, “transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e vontade do legislador”, pois, diante de um poder criador, o juiz não se constitui em um simples burocrata mecanizado que aplica o direito aos casos concretos.¹¹⁵⁴ O juiz, ao dar o devido desfecho às demandas, opera juridicamente como uma verdadeira força de expressão social para superar os percalços existentes dentro do ordenamento jurídico, não se limitando à atividade de natureza meramente interpretativa daquilo que lhe é exposto, mas sim revelando ao caso concreto uma solução jurídica mais adequada, equânime e justa, especialmente a

José Maria Rosa.THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 421.

¹¹⁵² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 500.

¹¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 18.

¹¹⁵⁴ “A força normativa do direito que se concretiza no processo já não reside apenas numa ordem hierárquica inteiramente adstrita à vontade política expressa por um legislador nem nos precedentes que forneceriam ao julgamento um fundamento histórico, rigoroso e sólido. A autoridade advém, actualmente, de um comércio transfronteiriço dentre juízes iguais. Estes optam pela horizontalidade do intercâmbio em detrimento da verticalidade legiscêntrica ou da anterioridade do precedentes”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. São Paulo: Instituto Piaget, 2005. p. 72.

partir da constituição^{1155, 1156}.

Ao lado da reestruturação das jurisdições estatais, foram criados inúmeros tribunais¹¹⁵⁷ internacionais para a proteção dos direitos humanos¹¹⁵⁸, reforçando a ideia de que a violação dos desses direitos constitui uma violação à humanidade de modo generalizado, como um todo, cujos respectivos cargos são ocupados por uma nova geração de juízes, comparando e adequando as múltiplas jurisdições^{1159, 1160}.

¹¹⁵⁵ “Por fim, o século XX assiste à ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída, predominantemente, sobre as categorias do direito privado. O século XIX começa com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, e termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição, como assinalado acima. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Como consequência, reitera-se, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 297.

¹¹⁵⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. p. 501.

¹¹⁵⁷ Outro exemplo de corte internacional é o Tribunal Internacional de Direito do Mar: “O mecanismo de solução de controvérsias do Tribunal Internacional de Direito do Mar (TIDM, criado pela Convenção das Nações Unidas de 1982 sobre Direito do Mar, que entrou em vigor em 16.11.1994) é *sui generis*, ao abrir quatro alternativas de solução pacífica, a saber: o próprio TIDM, a CIJ, um tribunal arbitral (Anexo VII à Convenção) ou um tribunal arbitral especial (Anexo VIII). Se as partes litigantes não se mostrarem de acordo quanto ao meio de solução pacífica, aplica-se a arbitragem (Anexo VII). O TIDM (composto de 21 juízes) também tem a função consultiva. Pode formar Salas (como, *inter alia*, a dos Fundos Oceânicos, com 11 juízes). O TIDM está aberto tanto aos Estados Partes na Convenção de Montego Bay de 1982, como, em certos casos, a organizações internacionais e entidades não estatais, e pessoas naturais ou jurídicas. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013. p. 40.

¹¹⁵⁸ “À função operacional do direito veio juntar-se uma ambição ética através da propagação dos direitos do homem. Não sendo a noção dos direitos do homem algo de novo, este conceito sofreu actualmente algumas modificações: por um lado, faz-se acompanhar de mecanismos institucionais que visam torna-lo mais efectivo e, por outro, delineou novos horizontes de conquista - os direitos do homem considerados de ‘segunda’ e de ‘terceira geração’ (direitos económicos, sociais e culturais, direitos ambientais, etc.) que irão impregnar cada vez mais a matéria jurídica no seu todo”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 8.

¹¹⁵⁹ “Durante as últimas décadas uma nova classe de juízes supremos emergiu paralelamente ao processo de formação da União Europeia. Eles têm assento no Tribunal de Justiça Europeu no Luxemburgo, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, no Tribunal Penal Internacional na Haia ou Tribunais do Ruanda ou da Jugoslávia, mas também têm assento em tribunais constitucionais nacionais. Estes juízes, homens ou mulheres, a elite dos juristas europeus, conhecem-se uns aos outros; comparam diferentes tipos de jurisdição e adéquam-nos umas às outras”. STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 34.

¹¹⁶⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 50.

O fenômeno da multiplicidade desses tribunais sedimentados em uma Jurisdição “planetária¹¹⁶¹” é contemporâneo às exigências de uma sociedade globalizada e têm contribuído decisivamente para a expansão da Jurisdição internacional¹¹⁶², “assim como para a afirmação e consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano”, seja como sujeito ativo – ante os tribunais internacionais de direitos humanos¹¹⁶³ –, seja com sujeito passivo do direito internacional – diante dos tribunais penais internacionais¹¹⁶⁴.

A Corte Internacional de Justiça – CIJ, que foi antecederida pela Corte Permanente de Justiça (1922-1946), foi criada pelas Nações Unidas, em 1945, pela Carta das Nações Unidas, cujo instrumento é seu estatuto, exercendo a função de tribunal mundial, com competência para decidir de acordo com o direito internacional e as diferentes ordens jurídicas. Está sediado em Haia (Holanda), e a legitimidade ativa é exercida por Estados ou organizações internacionais.¹¹⁶⁵

A Corte é composta por quinze juízes titulares, que são eleitos pela assembleia geral e pelo conselho de segurança das Nações Unidas, restando impedido que atuem dois juízes que tenham origem no mesmo Estado. “Caso não haja um juiz da nacionalidade de um Estado litigante, pode este designar um juiz *ad*

¹¹⁶¹ “Finalmente, cabe ainda registrar, nesse novo contexto, a rápida formação de mais de uma dessas jurisdições, a ‘planetária’, abrangendo o chamado contencioso dos Direitos Humanos (tribunais internacionais ou Cortes de Direitos Humanos), protetivos das liberdades públicas ou repressivos de ilícitos praticados contra a humanidade (Tribunais Penais Internacionais), e interesses comuns estatais ou privados”. NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 369.

¹¹⁶² “[...] integração jurídica supranacional, ainda limitada a tutela dos direitos fundamentais, equivaleria à imposição a escala planetária de um único modelo normativo, em contraste com a pluralidade de culturas, das tradições e das experiências jurídicas”. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos**. p. 28.

¹¹⁶³ “A mundialização da justiça vai-se tornando, cada vez mais, numa dimensão do próprio direito interno, mais sensível que outras a influências extraterritoriais, como a que é exercida pela Europa ou pelo direito internacional humanitário. Por outras palavras, a mundialização da justiça confere poder aos próprios sistemas, que não desaparecem em nome de uma ordem mundial superior”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 36.

¹¹⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 45.

¹¹⁶⁵ NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 331.

hoc, de sua escolha, para o caso concreto, uma vez aprovado o nome pelo colegiado da CIJ”.¹¹⁶⁶

Ela é dotada de funções contenciosas e consultivas. “É o principal órgão judicial da ONU, cujo Estatuto é parte anexa à Carta das Nações Unidas de 1945”. Sua atuação não atinge indivíduos ou organizações internacionais, pois somente Estados podem ser réus - apenas o Tribunal Penal Internacional julga pessoas físicas. Os indivíduos e as organizações internacionais também não podem ser autores das ações, mas podem solicitar parecer consultivo à Corte.¹¹⁶⁷

Em seu turno, os tribunais internacionais de direitos humanos têm buscado ampliar o acesso aos indivíduos de suas respectivas jurisdições, inclusive para demandar pessoalmente contra seus próprios Estados¹¹⁶⁸. A Corte Europeia de Direitos Humanos já o fez, em 1998; a Corte Interamericana de Direitos Humanos está caminhando nesse sentido, assim como a neonata Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.¹¹⁶⁹

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH, por sua vez, foi fundado em 1958 e se tornou permanente em 1998, com o objetivo de observar o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. É um órgão do Conselho da Europa, e não da União Europeia. Tem sua sede em Estrasburgo (França), possuindo legitimidade ativa os Estado signatários e indivíduos.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 18.

¹¹⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p. 69.

¹¹⁶⁸ “Um dos aspectos mais importantes dos avanços na realização do ideal da justiça internacional reside na afirmação e no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive *vis-à-vis* seu próprio Estado, perante os tribunais internacionais de direitos humanos (a Corte Europeia, em operação desde 1953; a Corte Interamericana, atuando desde 1978; e a Corte Africana, funcionando desde 2006)”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 25.

¹¹⁶⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 25/6.

¹¹⁷⁰ NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 332.

Em outro norte, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos – CIDH foi fundada em 1979 pela Organização dos Estados Americanos – OEA. Exerce função jurisdicional e consultiva para interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. Está sediada em São José (Costa Rica), mas poderá se reunir em qualquer Estado-membro da OEA, por conveniência da maioria e prévio consentimento. A legitimidade ativa é da OEA, dos Estados signatários, pessoas físicas, jurídicas e organizações não governamentais.¹¹⁷¹ É composta por sete juízes naturais de um dos Estados-membros.

No âmbito das Nações Unidas, dois tribunais *ad hoc* foram criados para enfrentar graves crises locais que redundaram em agressões aos direitos humanos¹¹⁷². O primeiro foi o Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia, em 1993, constituído para o julgamento de crimes graves praticados naquele país, como violações de leis ou costumes de guerra, contra a humanidade e genocídio. Sediado em Haia (Holanda), tinha legitimidade ativa os procuradores chefe e adjunto. O segundo foi o Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, em 1994, formado para processar e julgar os organizadores e os comandantes do genocídio de Ruanda em 1994. Sediado em Arusha (Tanzânia), detinha legitimidade ativa o Conselho de Segurança da ONU e o procurador do respectivo Tribunal.¹¹⁷³

Os dois tribunais abriram caminho para o estabelecimento de uma Jurisdição penal internacional permanente¹¹⁷⁴, quando, a partir de 1996, o Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas entabulou a criação de um Tribunal Penal Internacional.¹¹⁷⁵

¹¹⁷¹ NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 332.

¹¹⁷² "Ademais do TPI e dos supracitados Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, também têm operado em nossos dias os tribunais penais 'internacionalizados' ou 'híbridos' ou 'mistos' (para Serra Leoa, Timor-Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Camboja e Líbano), que contam com juízes internacionais e nacionais". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 36.

¹¹⁷³ NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 333.

¹¹⁷⁴ "Esta concepção de uma solidariedade transnacional entre juízes para combater determinados crimes particularmente hediondos é ainda mais manifesta no chamado processo de competência universal". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p.22.

¹¹⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 33.

A Corte Penal Internacional, ou Tribunal Penal Internacional – TPI, é um órgão das Nações Unidas fundado em 1998, pelo Estatuto de Roma, mas que iniciou suas atividades somente em 2002. Possui competência complementar para julgar os crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra quando os tribunais nacionais não puderem ou não quiserem processar os criminosos – as Jurisdições nacionais possuem primazia para investigar e julgar os crimes, estando o acionamento do Tribunal circunscrito às situações excepcionais¹¹⁷⁶. "Diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que examina litígios entre estados, o TPI julga apenas indivíduos¹¹⁷⁷". Está sediado em Haia (Holanda), e possuem legitimidade ativa os Estados signatários, o procurador e o Conselho de Segurança da ONU.¹¹⁷⁸ O Estatuto de Roma consagrou a participação das vítimas nos processos perante o TPI, inaugurando uma nova etapa no direito penal internacional¹¹⁷⁹.

Nessa esfera, outro aspecto que merece destaque é que o indivíduo também emerge como sujeito no direito internacional penal, não apenas em sua subjetividade ativa, como a exercida perante os tribunais internacionais de direitos humanos, mas também como sujeito passivo diante dos tribunais penais internacionais contemporâneos, prestando contas a qualquer transgressão aos direitos humanos por ele cometida para uma comunidade mundial.¹¹⁸⁰ E para o julgamento disso tudo haverá sempre um corpo de juízes dotados de um perfil humanístico, em conformidade às dimensões dos direitos fundamentais, mas agora em uma escala internacional dos direitos humanos.

¹¹⁷⁶ "O Estatuto de Roma – que entrou em vigor internacional em 10.7.2002 – definiu como core crimes (artigo 5), sobre os quais o TPI tem jurisdição, o crime de genocídio (artigo 6), os crimes contra a humanidade (artigo 7), os crimes de guerra (artigo 8) e o crime de agressão. De conformidade com o princípio da complementaridade, invocado no próprio preâmbulo do Estatuto de Roma, o TPI é concebido como complementar das jurisdições penais nacionais; as próprias condições de exercício de sua competência (artigos 12-14) dão primazia às jurisdições nacionais para investigar e julgar os crimes consignados no Estatuto de Roma, estando o "acionamento" do TPI circunscrito a circunstâncias excepcionais". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 34/5.

¹¹⁷⁷ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 26 out. 19.

¹¹⁷⁸ NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 333.

¹¹⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 34.

¹¹⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. p. 31.

Dessa forma, o perfil do juiz do Estado constitucional democrático produz efeitos em nível mundial, acompanhando todas as transformações absorvidas pelo direito¹¹⁸¹. Mas além dessa Jurisdição planetária internacional, atualmente é possível encontrar na Europa um direito e uma Jurisdição supraestatal de difícil classificação para os padrões tradicionais. Tratam-se do direito da União Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹⁸².

No continente europeu, o fim da II Guerra Mundial fez emergir nos Estados o desejo pela paz e o ideal de uma unicidade no continente¹¹⁸³, influenciados também pela necessidade de unir esforços em torno da reconstrução econômica e enfrentamento de diversos outros problemas comuns nas mais diversas localidades, inclusive a defesa contra eventuais novos inimigos¹¹⁸⁴. O continente então se uniu primeiramente em torno de uma comunidade¹¹⁸⁵ europeia

¹¹⁸¹ "A mundialização do direito é palco de um confronto que não se limita a pôr frente a frente direitos nacionais diferentes, mas que ocorre igualmente nos termos mais subtis de uma concorrência entre culturas jurídicas. O mais importante não será tanto defender o seu direito mas sim difundir sua cultura. Neste sentido, o comércio entre juízes é também cenário de uma competição aguerrida entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais - a *common law* e o direito civil -, ficando as outras culturas (muçulmana, asiática...), de facto, afastadas. Pelo menos, por agora". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 51.

¹¹⁸² "A par dessas jurisdições, surgem na entrada do milênio novas formas ou endereços, em escala local, nacional, regional (bloco de países). Duas dessas novas jurisdições devem se destacar por sua maior importância: o chamado contencioso de massa e o do controle de constitucionalidade, espécies atualmente bem consolidadas e de larga utilização. Refiro-me a jurisdição comunitária, plenamente aplicada no âmbito da União Europeia". NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. p. 369.

¹¹⁸³ "Na grandeza visionária dos fundadores de 1952 e 1957, a realização da Europa da paz desenvolveu-se, em primeiro plano e como imediata prioridade, em redor da economia. O projecto europeu, concebido no contexto histórico da proclamação como exclusivamente económico, realizou-se, permitindo construir a Europa económica, que existe, em força, governando um imenso mercado, com políticas integradas e enquadradas por um mercado comum e uma moeda única, porventura as realizações maiores da integração. Mas a dimensão económica, ao serviço da paz e do bem-estar, não poderia ser senão instrumental. No centro estão as pessoas, os cidadãos e os povos da Europa, alfa e ómega da realização da ideia da construção europeia". GASPAR, António Henriques. **O futuro da Justiça Europeia**. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/futurojusticaeuropeia_vicepresidentestj.pdf. Acesso em: 07 jun. 2015. p. 1/2.

¹¹⁸⁴ "Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a Europa achava-se arrasada e, segundo os 'europessimistas', condenada a transformar-se numa península asiática". GRIECO, Francisco de Assis. **O Brasil e a nova geopolítica europeia**. São Paulo: Aduaneiras, 1992. p. 47.

¹¹⁸⁵ A primeira das Comunidades foi a do Carvão e do Aço – CEECA, a segunda a Comunidade Econômica Europeia CEE, posteriormente denominada Comunidade Europeia – CE e a última a Comunidade Europeia de Energia Atômica, a única ainda existente. As demais foram sucessivamente incorporadas pela Comunidade e pela União durante o processo evolutivo de integração.

do carvão e do aço¹¹⁸⁶, em 1951, sendo um importante fator de equilíbrio, alocando matérias essenciais à economia e à guerra sob o controle de uma autoridade independente, caracterizada pela supranacionalidade e pelo federalismo funcional que posteriormente possibilitou o desenvolvimento até culminar na União Europeia dos dias de hoje.¹¹⁸⁷

Essa evolução enfrentou ao menos três grandes fases, principiando pela elaboração do Tratado de Maastrich, por meio do qual foi instituído uma União Econômica e Monetária¹¹⁸⁸, passando pela criação de uma União Europeia a par das Comunidades e encontrando seu apogeu na refundação “para-constitucional” operacionalizada por intermédio do Tratado de Lisboa.¹¹⁸⁹

A União Europeia tem uma ordem jurídica própria. Os tratados constituem a base legal como fonte primária do direito, que é juridicamente vinculativo aos cidadãos e Estados-membros. O direito da União Europeia pode ser aplicado diretamente pelos tribunais dos Estados, inclusive com proeminência em caso de conflito com a legislação local, em respeito ao primado do direito da União.

O Tratado de Lisboa rege a União Europeia atualmente¹¹⁹⁰, podendo ser

¹¹⁸⁶ “A Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA), constituída em menos de um ano, apresentava vários elementos, na intenção, na estrutura e no conteúdo, de índole supranacional. Primeiro, pelos seus objectivos. A CECA constituiu um instrumento fundamental com vista a superar a afirmação estrita de interesses nacionais, permitindo criar mecanismos de ‘solidariedade entre os povos’ com um objectivo e fundamento político-psicológico imediato – o de superar o antagonismo franco-alemão, tornando a guerra impossível – e um objectivo mediato: o de criar uma identidade europeia”. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 6ª ed. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2010. p. 45.

¹¹⁸⁷ Narrativa que segue inspirada em: FARAH, Paulo Eduardo Huergo. **ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA: JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA E DA UNIÃO EUROPEIA**. Dissertação de mestrado. UNIVALI.

¹¹⁸⁸ “As modificações dos Tratados institutivos das CE, aprovadas em 11 de dezembro de 1991, disciplinaram, de um lado, a instituição de uma União Econômica e Monetária (UEM), que coloca como principal objetivo o melhoramento do bem-estar dos povos e o reforço da coesão econômica e social dos países-membros. [...] De fato, com esta nova modificação formal de uma ‘União Europeia’, preconizada em Maastricht, supera-se uma orientação eminentemente econômica até agora predominante, para alcançar também uma verdadeira e própria integração política”. PEREIRA NETO, Mario. **Direito, política, economia das Comunidades Europeias**. São Paulo: Aduaneiras, 1994. p. 389/390.

¹¹⁸⁹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. p. 49.

¹¹⁹⁰ “Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009, a União Europeia dotou-se de personalidade jurídica e retomou as competências anteriormente conferidas à Comunidade Europeia. O direito comunitário tornou-se portanto o direito da União, compreendendo igualmente todas as disposições adoptadas no passado ao abrigo do Tratado da União Europeia na sua versão anterior ao Tratado de Lisboa”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **União Europeia**. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Acesso em: 16 jun. 2015.

considerado¹¹⁹¹, de certo modo, como uma constituição^{1192.1193} Assinado em 2007, entrou em vigor somente em 2009, passando a União Europeia a contar, naquela ocasião – e também atualmente –, com 28 Estados-membros. Diferentemente dos tratados anteriores – igualmente válidos – não prevê símbolos nem mesmo a subordinação do direito local ao Direito da União, mas incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹⁹⁴ e dota a União de personalidade jurídica. O Tratado de Lisboa reconheceu os direitos, liberdades e princípios contidos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, atribuindo-lhe igual valor ao dos tratados, com efeitos vinculativos¹¹⁹⁵.

Nesse campo, não está prevista apenas a esfera cível do direito. Com o Tratado de Lisboa a cooperação policial e judicial em matéria penal restou solidificada e evoluciona deixando de ser compreendida apenas na esfera negativa para prever positivamente o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais entre os Estados-membros, assim como a aproximação das leis e regulamentos entre os integrantes.¹¹⁹⁶

¹¹⁹¹ “A não consolidação do Tratado constitucional e a sua substituição efetiva pelo Tratado de Lisboa nada alterou, pois, em relação à função constitucional que boa parte da doutrina atribui aos Tratados da União”. SILVEIRA, Alessandra e Mariana Canotilho. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Lisboa: Almedina, 2013. p. 27.

¹¹⁹² “Muito se escreveu sobre o valor constitucional dos Tratados comunitários, especialmente após a tentativa de aprovar o Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para a Europa, que derivou, finalmente, na adoção do Tratado de Lisboa, para o qual se transferiu a imensa maioria das regulações que se continham na falida Constituição Europeia. E, ainda que o Tratado de Lisboa não seja, em si mesmo, formalmente, uma Constituição, na prática cumpre tal função, pois trata-se de uma norma que é equivalente à norma fundamental de Kelsen ou à regra de reconhecimento de Hart no âmbito da União Europeia, já que se trata de uma norma que fundamenta o resto das normas europeias e que vincula os sistemas jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, estando tudo isso supervisionado por uma espécie de controlo de constitucionalidade realizado pelo TJUE, assegurando a primazia do direito da União”. SILVEIRA, Alessandra e Mariana Canotilho. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. p. 26.

¹¹⁹³ “Ou seja, em sentido material já existe Direito Constitucional da União Europeia, embora ainda não haja em sentido formal”. QUADROS, Fausto de *et al.* **Contencioso da União Europeia**. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2009. p. 29.

¹¹⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 09 jun. 2015.

¹¹⁹⁵ “É que a entrada em vigor da CDFUE oferece um catálogo de direitos fundamentais a todos que se submetem à jurisdição da União – que passam a reconhecer, previamente, os seus direitos neste contexto –, mas não altera a essência da construção pretoriana dos direitos fundamentais da União, resultante do diálogo entre jurisdições, porque os direitos fundamentais continuam a ser aplicados segundo critérios próprios do direito da União – ou filtrados pelo modelo jurídico da integração europeia.” SILVEIRA, Alessandra e Mariana Canotilho. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. p. 574/5.

¹¹⁹⁶ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno**

Além disso, o Tratado de Lisboa disciplina, dentre tantas outras matérias, a estrutura¹¹⁹⁷ da União Europeia, como a política lastreada na democracia participativa, com destaque ao Parlamento Europeu, órgão legislador. Também nele estão previstos a Comissão Europeia como órgão que executa o orçamento e fiscaliza as instituições e o Tribunal de Justiça da União Europeia, órgão supremo responsável pela Jurisdição comunitária. O Tribunal de Justiça¹¹⁹⁸ é composto¹¹⁹⁹ por um Tribunal Geral e outros Tribunais especializados¹²⁰⁰, além de todos os tribunais dos Estados-membros, que perante a União são considerados tribunais funcionalmente europeus¹²⁰¹.

Assim como em qualquer Estado, a Jurisdição é elemento essencial para

e concorrência. p. 132.

¹¹⁹⁷ “As instituições da União Europeia são difíceis de se entender, já que se diferenciam bastante tanto de uma organização internacional clássica quanto das instituições de um Estado nacional. Segundo uma fórmula do ex-presidente da Comissão Europeia, Jaques Delors, elas constituem um Objeto Político Não Identificado (OPNI, por analogia com os OVNIS), cujo modelo não se encontra nem no direito internacional, nem no direito constitucional. Não existe nela a separação dos poderes entre executivo e legislativo, base da democracia representativa, mas, por outro lado, a aceitação de uma dose de supranacionalidade e da representação parlamentar faz com que os órgãos de decisão não sejam compostos apenas por representantes dos governos dos Estados nacionais”. D’ARCY, François. **União Europeia: instituições, política e desafios**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2002. p. 46.

¹¹⁹⁸ “[...] guardião da interpretação e aplicação tanto dos Tratados constitutivos, quanto do direito derivado”. CASELA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr, 1994. p. 307

¹¹⁹⁹ “Resulta assim deste Tratado, embora com alguma imperfeição técnica, que a designação Tribunal de Justiça da União Europeia tende a identificar o conjunto dos tribunais da União (assim logo no artigo 13º, TUE – Lisboa), sendo que referências específicas a tribunais concretos são feitas a ‘Tribunal de Justiça, ‘Tribunal Geral’ ou ‘Tribunais Especializados’”. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. p. 223.

¹²⁰⁰ “Na realidade, ao passo que antes do Tratado de Lisboa, a expressão ‘Tribunal de Justiça da União/Comunidades Europeias’ era comumente utilizada para designar um dos tribunais da UE, com a entrada em vigor daquele tratado, tal expressão passou a designar o conjunto dos tribunais organicamente pertencentes à UE – a sua ‘organização Judiciária’”. PIÇARRA, Nuno. **Revista do Ministério Público 133 – ano 34: Sobre a repartição de Competência no Tribunal de Justiça da União Europeia**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013. p. 12.

¹²⁰¹ “Aos tribunais nacionais, em geral, foi atribuída competência para interpretar e aplicar o direito da União. Mas sentiu-se a necessidade de confiar a uma jurisdição especializada a missão de garantir, em última instância, a correcta *interpretação* de normas comuns a uma colectividade de Estados, e bem assim de controlar e sancionar os comportamentos – tanto dos órgãos da União como dos seus Estados-Membros e eventualmente dos próprios particulares – atentatórios do respeito devido à ordem jurídica comunitária. Essa jurisdição especializada é o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – competente, nos termos do art. 19.º do Tratado da União Europeia, para ‘assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados’”. CAMPOS, João Mota de et al. **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional. A ordem jurídica. O ordenamento económico da União Europeia**. 7ª Ed. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014. p. 179.

a consecução de seus objetivos. Com a União Europeia não foi diferente¹²⁰². A existência de uma instância judicial centralizada foi necessária para manter a coerência diante da diversidade de normatização existente. Como decorrência disso foi concedido ao Tribunal de Justiça¹²⁰³ da União Europeia¹²⁰⁴, único órgão existente desde os primórdios consolidado com a mesma finalidade¹²⁰⁵, a missão de zelar pelo controle judicial do direito¹²⁰⁶, inicialmente das Comunidades e posteriormente da União¹²⁰⁷, buscando a correta e uniforme interpretação das normas comunitárias, efetivando um sistema judicial de garantia e controle que é essencial à efetividade jurídica perante os seus destinatários, ainda mais quando os litígios envolvendo a interpretação do direito da União tendem a aumentar na medida em que a Europa se desenvolve¹²⁰⁸.

Com isso, a União Europeia pretende se estabelecer em uma comunidade de direito, atuando por intermédio de instrumentos jurídicos legalmente constituídos.

¹²⁰² O direito da União Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia foram temas desenvolvidos pelo autor anteriormente em sua dissertação de mestrado; parte do texto foi adaptado e utilizado na presente tese.

¹²⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Apresentação geral**. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹²⁰⁵ “O Tribunal de Justiça é, desde o início – Convenção relativa a certas instituições comuns às três Comunidades, de 25 de março de 1957, revogada pelo artigo 9º do Tratado de Amsterdão –, um órgão único e comum às então três Comunidades Europeias (CECA, CEEA e CE) e, entre os Tratados de Maastricht e de Lisboa, também da União Europeia (artigos 3.º e 5.º EU-M). Hoje, é um órgão comum à União Europeia e à CEEA”. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. p. 224.

¹²⁰⁶ “A criação das Comunidades Europeias fez nascer um direito novo, autónomo, destinado a reger, no quadro multinacional da União Europeia, as relações recíprocas dos cidadãos, das Instituições e dos Estados-Membros. O Direito da União Europeia é, antes de mais, integrado pelo corpo de normas constantes dos Tratados (*direito originário*). Mas é também [...] constituído pelas disposições dos actos normativos emanados das Instituições da União (*direito derivado*)”. CAMPOS, João Mota de et al. **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional. A ordem jurídica. O ordenamento econômico da União Europeia**. p. 179. “Assim, o TUE e o TFUE formam, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o primeiro fundamento de todo o Direito da União Europeia. A esses dois Tratados há que juntar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”. MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de Direito da União Europeia**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2012. p. 489.

¹²⁰⁷ “A União Europeia já teria conseguido se estabelecer como um quase-estado que é capaz de ditar normas que se colocam, muitas vezes acima dos respectivos direitos nacionais, e que produz decisões que vinculam os Estados-membros a compromissos mútuos e com relação a organizações internacionais”. NEVES, Marcelo (coord). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 446.

¹²⁰⁸ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 479.

Para concretizar esse objetivo, a adequação dos direitos nacionais ao direito da União é essencial, e a atividade do Tribunal de Justiça, voltada à correção dos erros de aplicação e de interpretação desse direito pelos tribunais funcionalmente europeus dos Estados-membros será de extrema valia no processo de preenchimento das lacunas do sistema jurídico apresentadas pelo processo de integração, acarretando, quando necessário, a “desaplicação e eliminação do direito nacional contrário ao direito da UE e dos Estados-membros pela violação do direito da EU”.¹²⁰⁹

Os contornos dados pelo Tribunal de Justiça ao direito da União são necessários à manutenção de uma uniformidade imperativa para que não haja variação de interpretação, impedindo, dessa forma, que os Estados-membros unilateralmente rejeitem os atos jurídicos da União ou esvaziem o conteúdo normativo ao condicionar sua aplicabilidade com prevalência da legislação interna para preservar interesses locais. O direito da União objetiva, com isso, a integração das ordens jurídicas nacionais, vinculando os órgãos estaduais e os particulares às normas europeias.¹²¹⁰

Apesar dessa atividade, não é tarefa do Tribunal de Justiça atuar como órgão recursal dos tribunais nacionais, como ocorreria, por exemplo, em um tribunal federal (*ad quem*) para apreciar os julgados dos tribunais estaduais (*a quo*). Não cabe, dessa forma, ao Tribunal efetuar a reforma da decisão proferida na ordem interna em que se tenha feito aplicação da normatização da União, ou mesmo anular atos dos Estados¹²¹¹, por isso qualquer comparativo com uma suprema corte existente em uma federação restaria infundada, apesar do exercício dessa Jurisdição assumir uma condição constitucional¹²¹². Não é, assim, um tribunal

¹²⁰⁹ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 479.

¹²¹⁰ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 58 e 63.

¹²¹¹ CAMPOS, João Mota de *et al.* **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional. A ordem jurídica. O ordenamento econômico da União Europeia**. p. 184.

¹²¹² “A UE é uma organização supranacional dotada de características constitucionais. A despeito de toda a controvérsia que rodeia esta matéria, pode afirmar-se com segurança que o direito originário da UE é direito constitucional, ainda que de natureza derivada e complementar. O mesmo estabelece, organiza e limita o exercício dos poderes de autoridade pública, a nível da UE, com incidência nos domínios político, legislativo, administrativo e jurisdicional. E fá-lo com efeito directo e

hierarquicamente superior¹²¹³, nem uma corte constitucional ou uma corte internacional: sua natureza jurídica pode ser melhor compreendida ao ser encarado como um tribunal supranacional¹²¹⁴.

Historicamente o Tribunal de Justiça da União Europeia tem conquistado uma notoriedade jurídico-normativa ímpar e cumprido a sua missão com grande maestria, propiciando, além da criação (*law making*) e do resguardo do direito, a efetiva integração do continente europeu, assinalando por muitos que a União Europeia foi formada por juízes, que nunca se limitaram a ser mera boca da lei. Aliás, muito longe disso, pois o princípio da supremacia do direito comunitário, assim como tantos outros fundamentais ao desenvolvimento da União, foi talhado por meio de uma jurisprudência altamente integrativa.¹²¹⁵

Muito embora todo o contexto exposto, a unicidade europeia não busca a secundarização da função dos Estados-membros ou a federalização entre eles¹²¹⁶, mas ao contrário, pois objetiva preservar as respectivas soberanias com o auxílio da dialética, com fundamento na teoria da limitação da soberania operacionalizada pela

primazia sobre o direito interno dos Estados. Por esse motivo, ele pode reclamar para si uma natureza material e funcionalmente constitucional que está longe de ser uma excentricidade criada por decisão jurisprudencial. A natureza constitucional do direito da UE manifesta-se na primazia do direito da UE sobre o direito nacional, na impossibilidade geral de controlo da constitucionalidade das normas do direito da UE pelos tribunais nacionais e na previsão de instâncias e mecanismos de controlo jurisdicional, no seio da UE, na validade dos respectivos actos de direito derivado. O direito da UE pretende vincular todas as instituições e órgãos da UE e todos os Estados-membros. Essa vinculação é fundamental à subsistência da UE e da ordem jurídica que estrutura e disciplina sua actuação". MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 54.

¹²¹³ QUADROS, Fausto de *et al.* **Contencioso da União Europeia**. p. 35.

¹²¹⁴ "O TJUE está longe de ser um tribunal internacional, sendo melhor compreendido como um tribunal de uma organização supranacional. Porém, ele tem algumas homologias com os tribunais internacionais, na medida em que aplica um direito que vincula Estados soberanos através das decisões dotadas de força jurídica. As suas decisões vinculam a jurisprudência dos tribunais nacionais, o que vem acontecendo com intensidade crescente no direito internacional. Além disso, ele pode decidir qualquer diferendo entre Estados-membros, relacionando com o objeto dos Tratados, se o mesmo lhe for submetido por compromisso, incluindo os compromissos anteriores e posteriores à ocorrência do diferendo (at. 273.º TFUE)". MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 482.

¹²¹⁵ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 484.

¹²¹⁶ "O TJUE, ao mesmo tempo que afirmou que os Tratados constituíam a Carta Constitucional das comunidades, assumiu, por esta via, um papel cada vez mais próximo de um supremo tribunal federal. Esta orientação confronta a integração europeia com desafios de governabilidade, democraticidade e legitimação próximos de um Estado federal – sem, contudo, objetivar a constituição de uma federação". MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 58 e 63.

bivalência entre a integração e a interestadualidade.¹²¹⁷

Para compreender essa sistemática entabulada no continente europeu é necessário observar a realidade com os preceitos contemporâneos atualizados, pois classificar o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, dotado de ampla competência que vai desde a fiscalização do cumprimento de obrigações dos Estados-membros até o controle dos atos dos próprios órgãos da União, está fora dos parâmetros tradicionalmente estabelecidos, acarretando uma severa dificuldade de subsumi-lo a qualquer categoria em que os tribunais são normalmente qualificados, sejam eles internacionais, constitucionais ou administrativos.¹²¹⁸

Assim como a sociedade foi substancialmente modificada pela modernidade líquida, pelo prevalecimento do individualismo sobre a cidadania, pela modificação dos espaços territoriais e das características da autoridade, pela passagem do capitalismo pesado para o capitalismo leve e do consumismo impulsionado por desejo para o consumismo por futilidade, enfim, pela terceira ou quarta revoluções industriais-tecnológicas, a realidade vislumbrada no estruturalismo da União Europeia também é vanguardista e inimaginável quando as teorias que conceberam as composições estatais foram colocadas em prática ainda na idade média.

Além das jurisdições internacionais e supranacionais, houve também a mundialização¹²¹⁹ do direito, operacionalizado pelo “diálogo entre juízes”, “mundialização judicial”, “auditório global” ou “comércio entre juízes”, podendo ser definido como “uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma

¹²¹⁷ QUADROS, Fausto de *et al.* **Contencioso da União Europeia**. p. 32.

¹²¹⁸ QUADROS, Fausto de *et al.* **Contencioso da União Europeia**. p. 48.

¹²¹⁹ "A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados como critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada que ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar estas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 9.

'dependência recíproca dos homens"'. Essa rede é operacionalizada na Jurisdição interna de cada Estado e tem como fonte axiológica o conteúdo das decisões proferidas nessas cortes situadas para além das fronteiras estatais.¹²²⁰

A relação global entre os juízes é espelhada no sistema da *common law*, em que juiz é a fonte da autoridade, e não somente o Legislativo. Tem como objetivo principal a preservação dos direitos humanos, a partir de um critério de juridicidade¹²²¹, não em substituição às peculiaridades jurídicas estatais, atuando como argumento de autoridade persuasiva, e não vinculativa, sem desconsiderar, nesse contexto, características culturais locais, em busca da legitimidade da decisão especialmente nos *hard cases*¹²²², consistindo em mais um desafio para a Jurisdição do século XXI, onde o juiz, conforme explanado, assume uma feição mundializada e verdadeiramente “democrática”.¹²²³

¹²²⁰ "A literatura especializada fala alternativamente de 'diálogo entre juízes', 'de mundialização judicial' ou ainda de 'auditório global'. Pelo nosso lado, optaremos por nos referir a 'comércio entre juízes'. A expressão apresenta o mérito de remeter para as duas facetas da mundialização do direito: é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma 'dependência recíproca dos homens"'. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 9.

¹²²¹ "Para além disso, a existência de um vínculo constitui tradicionalmente o critério da juridicidade, no âmbito da qual se pode proceder a uma distinção entre norma jurídica e outras normas (morais, sociais, religiosas...). Este critério vê-se frequentemente dissolvido, turvado no enquadramento globalizado". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 72.

¹²²² "É igualmente cada vez mais comum o facto de juízes nacionais nomeados para determinado processo consultarem, por sua livre iniciativa, decisões tomadas pelos seus homólogos estrangeiros a fim de encontrarem a melhor solução possível para o problema em causa. Essa atitude pode ser nomeadamente encontrada em processos considerados muito difíceis, que os teóricos americanos denominam de *hard cases*". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 23.

¹²²³ "Neste contexto específico, a *jurisdictio* não consiste em assegurar a coerência de um sistema particular, mas sim em apoiar a racionalidade de decisões singulares. Ao participar do comércio judicial, o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável. Uma vez que pretende alcançar um grau superior de racionalidade, reveste a sua decisão de um carácter mais universalizável. Neste sentido, a autoridade que reconhece nas decisões estrangeiras não é vinculativa, obrigatória, mas sim persuasiva (*persuasive authority*)". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 73.

CAPÍTULO 5

A INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO HETEROCOMPOSITIVA ESTATAL CONTEMPORÂNEA

Esse é o ponto de partida: não está dando certo. Reconhecer o que está errado é o melhor começo para encontrar o acerto.

Depois de séculos de evolução, chegamos a uma estrutura de Jurisdição que começou a ser exercitada juntamente com o aparecimento do homem pré-histórico, transpôs a antiguidade, foi pública, privada e depois monopolizada pelo Estado moderno. Ficou concentrada na pessoa do príncipe, nos julgamentos da igreja, até que foi separada, de modo aperfeiçoado a partir das ideias de Montesquieu, como um poder estatal.

Não obstante essa linda trajetória, de conquistas civilizatórias por meio da ampliação da cidadania e da elevação da Jurisdição, e da função jurisdicional como um todo, ao ápice político e jurídico do Estado moderno constitucional e apogeu enquanto instrumento da comunidade para fazer valer seus direitos, a realidade do século XXI nos demonstra que o modelo proposto para a realização de uma atividade essencial à sedimentação e regulamentação das relações humanas, que foi útil durante muito tempo, está absolutamente inadequado para enfrentar os problemas da pós-modernidade.

Não se está aqui a enumerar as incontáveis causas para a insustentabilidade da Jurisdição atual¹²²⁴ - e, por consequência, do próprio Estado

¹²²⁴ “É afirmação corrente que o Judiciário é moroso. De fato, e nem poderia ser diferente. A produção pessoal, seja na fábrica, seja na atividade judiciária, tem um limite, o limite da capacidade física da pessoa, na jornada instituída. Instituída por quem? Pelo Legislativo? Não apenas, pela sociedade também. Se uma fábrica quer aumentar a produção, tem vários caminhos: primeiro, racionaliza o trabalho, depois, aumenta o número de empregados; excepcionalmente, respeitados os limites da salubridade, aumenta a jornada (horas extras), mas o Judiciário não é uma fábrica. A própria

contemporâneo. Não obstante, possivelmente ela possui dois fatores determinantes: o primeiro é a confiança e a expectativa depositada na função jurisdicional, que ganhou, diante de todo o contexto apresentado, notória relevância, especialmente no decorrer do século XX, o que é bastante positivo; o outro, negativo, pautado pela descrença da sociedade na missão assentada nas esferas de “governo” do Estado, seja pela omissão prestacional executiva, ou hipertrofia legislativa de maneira desordenada – também por omissão em temas sensíveis –, acarretando o fenômeno da judicialização da política, socorrendo-se ao Judiciário, enquanto Poder de “garantia”, para a efetivação de direitos¹²²⁵.

Antes de expor os dados estatísticos que ornamentam a provocação inicial, algumas pequenas reflexões serão registradas. A propositura de modificação da forma como a função jurisdicional estatal poderá ser prestada no futuro será feita na fase seguinte desta pesquisa (segunda parte); este capítulo encerra a primeira parte, preponderantemente descritiva, com alguns pensamentos acerca do possível colapso da função jurisdicional heterocompositiva estatal.

racionalização do trabalho encontra temperamentos no *due process law*, no direito à ampla defesa, no princípio do contraditório, no duplo grau de jurisdição etc., todos frutos de conquistas sócio-políticas do povo, obtida com sangue, suor e lágrimas. [...] Mas não é apenas o exercício, pelo povo, de tais direitos, que tem fonte nos demais Poderes, que atravancam o Judiciário. A pletora de leis, que mal são editadas, logo são modificadas, muitas vezes sem dar tempo sequer de serem conhecidas. Decretos exorbitantes, portarias, instruções, circulares, tudo isso afeta a vida dos cidadãos e enseja a busca do Judiciário. Busca facilitada pelo Legislativo que, sabiamente, inseriu na constituição: *nenhuma lesão ou ameaça ao direito será excluída do exame judicial*. Veja, por exemplo, em repertório de jurisprudência editado na década de 60, que entre 1939 e 1965 transitaram pelo Tribunal menos de duzentas ações propostas contra o Estado. Hoje, são milhares dessas ações, que somaram, em dez./2008, 22.000. E por quê? Porque os cidadãos, tendo descoberto o caminho do Judiciário, já não têm medo de enfrentar o poder público. Advogados, escassos até a década de 50, hoje são milhares à disposição do povo e ávidos por serviço. Esses advogados examinam as leis, criticam-nas, levantam ilegalidades e novas teses. Defendem toda a sorte de interesses contrariados. [...] E as leis, quem as redige? Antigamente, eram os juristas, hoje são economistas (veja-se, p.e., as leis dos planos econômicos), contadores, militares no passado recente. Procuram disciplinar o fato que os preocupa, mas não se dão conta do amplo universo jurídico em que se inserem esses fatos da vida. A morosidade, com efeito, deve ser encarada. Ela é um fato, a despeito de justificada, nem por isso deve ser admitida como um mal invencível, com o qual a sociedade tem de acostumar-se a conviver!” ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz. **Governo Judiciário**. Florianópolis: Tribunal de Justiça e Santa Catarina. 2009. p. 93/5.

¹²²⁵ Os conceitos de “governo” e “garantia” serão melhor delineados no capítulo 7, com base nos ensinamentos de Ferajoli. Em linhas gerais, “governo” está relacionado com as funções executivas e legislativas, enquanto “garantia” com a função jurisdicional.

5.1 UMA RAZÃO INDIVIDUAL: INDIVIDUALISMO E CIDADANIA

A razão individual tangencia o individualismo como inimigo da cidadania na modernidade líquida.

Inauguramos o novo milênio sob a égide da terceira revolução industrial¹²²⁶ – ingressando na quarta revolução, conforme exposto no capítulo 10 –, denominada tecnológica. Enquanto na primeira, ainda da era moderna, a sociedade observou o surgimento da máquina a vapor, que encurtou distâncias e possibilitou o deslocamento de pessoas e produtos em uma forma até então inimaginável, assim como outras que mecanizaram o trabalho antes desenvolvido de modo unicamente artesanal, e na segunda, já na idade contemporânea, a eletricidade foi descoberta como fonte de energia, intensificando ainda mais as máquinas, a nova era digital permitiu a massificação dos computadores e mecanismos robotizados, conectando os mais diversos rincões do mundo por intermédio da internet, símbolo do desenvolvimento humano contemporâneo.¹²²⁷

A velocidade das transformações sociais atingiu tamanha elevação que nem usufruímos na plenitude esse admirável cenário de modernidade formado pela biotecnologia, robótica, nanotecnologia, computação quântica e já estamos adentrando na quarta revolução industrial, onde se verão inseridas na atividade humana os preceitos da inteligência artificial, em uma etapa em que o algoritmo vai

¹²²⁶ “Os aparatos tecnológicos, se não são a tecnologia em si, são o seu arauto em diferentes épocas e regiões. Se hoje temos a representação social do computador como o ícone da inovação e do desenvolvimento, o trem, por exemplo, desempenhou papel similar no período chamado de Segunda Revolução Industrial, no final do século XIX. Quando se fala em Revolução Industrial é comum associar esse termo ao século XVIII. Esse período é, na verdade, a Primeira Revolução Industrial, cujo ícone de progresso foi a máquina a vapor. (p. 41) Na Segunda Revolução Industrial, surgiram muitos dos equipamentos e processos que ao longo do tempo foram sendo incrementados. Um desses equipamentos é justamente o computador”. FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. p. 58.

¹²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação**. Recurso digital. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI305506,21048-Barroso+fala+no+Chile+sobre+crise+da+democracia+revolucao+tecnologica>. Acesso em: 21 set. 19.

se tornando o conceito mais importante do nosso tempo.¹²²⁸

Nesse cenário, as cobranças aos setores públicos vêm recaindo sobre a necessidade de encontrar respostas para diversos problemas gerados pelos novos tempos, como, poder exemplo, a excessiva concentração de poder econômico em algumas poucas empresas, a ausência de tributação mais justa e equitativa entre as classes sociais e o desaparecimento das vagas de trabalho derivadas das profissões tradicionais. Mas além disso, o enfrentamento da desigualdade¹²²⁹, marca dramática da contemporaneidade e agenda inacabada do processo civilizatório, é o principal desafio da esfera pública, ensejando o oferecimento de educação e serviços públicos de qualidade e eficientes aliados às políticas públicas e econômicas inclusivas e que possibilitem ao menos o mínimo existencial.¹²³⁰

Mas o que chama ainda mais a atenção nesse contexto do século XXI, para além das tecnologias de última geração, das megalópoles¹²³¹, da globalização, dos novos direitos, da percepção sobre o exercício da Jurisdição e os próprios problemas sociais, enfim, tantas transformações, é a análise do ser humano perante uma modernidade líquida que acomete o indivíduo contemporâneo cujos efeitos desaguam na sociedade como um todo¹²³².

¹²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação.**

¹²²⁹ "Outros países trouxeram para a Constituição um conjunto relevante de direitos sociais, cuja efetivação constitui um dos tormentos dos tribunais constitucionais em diversos países do mundo. A existência de redes de proteção social para os muito pobres também integra o elenco básico de providências contra a pobreza e a desigualdade. Em livro que teve grande aceitação, Thomas Piketty procurou demonstrar que a desigualdade não é um acidente, mas uma característica do modo de produção capitalista, que só a intervenção do Estado pode conter". BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação.**

¹²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação.**

¹²³¹ "Um ritmo de expansão bastante acelerado, se lembrarmos que, em 1950, dois terços da população global sequer morava em áreas urbanas – hoje, 55% do mundo vive em cidades". REVISTA ÉPOCA. **Mundo terá 10 novas "cidades gigantes" nos próximos anos.** Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/02/mundo-tera-10-novas-cidades-gigantes-nos-proximos-anos-confira-quais-sao.html>. Acesso em: 14 nov. 19.

¹²³² "Há toda uma geração que nasceu e se desenvolveu nesse ambiente digital e que interage empaticamente, desconsiderando boa parte das construções teóricas modernas". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática.** p. 1335.

Ainda no decorrer do início da era estatal constitucional, Jeremy Bentham desenvolveu uma técnica denominada panóptica para o controle de presidiários. Ela consistia em uma prisão construída sob um modelo circular, com as celas do lado externo e no centro do círculo estrutural uma única torre de controle escondia atrás do vidro opaco um único vigia, que poderia então observar todos os detentos sem que eles soubessem se estavam ou não sendo vigiados naquele momento.

O modelo panótico foi aperfeiçoado na teoria de Michel Foucault para expor uma maneira de controle social e exercício de poder pautados sob a esfera da vigilância. O “panóptico” funciona como uma espécie de laboratório, e em cada uma de suas aplicações permite aperfeiçoar o exercício do poder, por diversas maneiras: porque pode reduzir o número dos que exerce ao mesmo tempo em que multiplicado o número sobre aqueles em que é exercido; permite intervir a cada momento e consegue agir antes das faltas, porque nessa condição sua força é nunca intervir, exercendo espontaneamente e sem ruído sobre o indivíduo um mecanismo de efeito em cadeia. O esquema é um intensificador para qualquer aparelho de poder¹²³³, assegurando economia, eficácia por seu caráter preventivo e funcionamento contínuo automatizado. “É uma maneira de se obter poder numa quantidade até então sem igual, um novo e grande instrumento de governo”.¹²³⁴

Mas onde antes havia engajamento e confrontação mútuos entre os dois lados, não existe mais. O modelo panótico era estático e obrigava o rotinizador a permanecer em seu local para observar os rotinizados. Era uma estratégia de conquista custosa, pois a manutenção de espaços vigiados abarcava a larga gama de tarefas administrativas, como a manutenção de edifícios e a remuneração de funcionários, assim como a responsabilidade pelo bem-estar do local. Ocorre que o poder atualmente pode se mover com a velocidade de um sinal eletrônico, e o tempo

¹²³³ “O esquema panóptico, sem se desfazer nem perder nenhuma de suas propriedades, é destinado a se difundir no corpo social; tem por vocação se tornar aí uma função generalizada. [...] tem um papel de amplificação; organiza-se o poder, não é pelo próprio poder, nem pela salvação imediata de uma sociedade ameaçada: o que importa é tornar mais fortes as forças sociais – aumentar a produção, desenvolver a economia, espalhar a instrução, elevar o nível da moral pública; fazer crescer e multiplicar”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. Título original: *Surveiller et punir*. p. 201.

¹²³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. p. 199-200.

requerido para a sua consecução se reduziu à instantaneidade, tornando-se extraterritorial e independente em relação ao espaço.¹²³⁵

É um poder globalizado.¹²³⁶ O caráter do globalizado inspira desconfiança e “nova desordem mundial”. O significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização é o “indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais”. Não se verifica a partir dela um “centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”, acarretando alteração dos conceitos delineadores do Estado moderno, como território e soberania, mas principalmente na economia, em um mundo em que o capital volátil transita de um país ao outro, em busca de melhores políticas capitalistas, em frações de segundo.¹²³⁷

Essa imagem da globalização contrasta com a antiga ideia de universalização, radicalmente oposta, que aparentemente foi substituída por ela. A universalização consistia no discurso moderno sobre uma pauta mundial, para todos¹²³⁸. Transmitia por meio dele a esperança, a intenção e a determinação de se produzir uma ordem realmente universal, verdadeiramente global acompanhando as ambições intelectuais modernas mas que, em desuso, agora raramente é

¹²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor LTDA, 2001. Sem informação sobre tradutor. Título original: *Liquid Modernity*. p. 17.

¹²³⁶ Pois bem, todo o processo de integração econômica mundial que chamamos de “globalização” bem pode ser entendido como um vazio de direito público produto da ausência de limites, regras e controles diante da força, tanto dos Estados com maior potencial militar como dos grandes poderes econômicos privados. A falta de instituições à altura das novas relações, o direito da globalização vem modelando-se cada dia mais, antes que nas formas públicas, gerais e abstratas da lei, nas privadas do contrato, sinal de uma primazia inconvertível da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública. De maneira que a regressão neoabsoluta da soberania externa – unicamente – das grandes potências está acompanhada de uma paralela regressão neoabsoluta dos poderes econômicos transnacionais, um neoabsolutismo regressivo e de retorno que se manifesta na ausência de regras abertamente assumidas pelo atual anarco-capitalismo globalizado, como uma sorte de nova “*grundnorm*” da nova ordem econômica internacional – aos moldes da norma fundamental de Kelsen. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos**. p. 22.

¹²³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Tradução de Marcus Penchel. Título original: *Globalization: The Human Consequences*. p. 58.

¹²³⁸ Toda a família de conceitos anunciava em uníssono a vontade de tornar o mundo diferente e melhor do que fora e de expandir a mudança e a melhoria em escala global, à dimensão da espécie. Além disso, declarava a intenção de tornar semelhantes as condições de vida de todos, em toda parte, e, portanto, as oportunidades de vida para todo mundo; talvez mesmo torná-las iguais. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 59.

mencionada, restando esquecida, assim como os conceitos de “civilização”, “desenvolvimento”, “convergência”, “consenso” e muitos outros termos chaves do pensamento¹²³⁹.¹²⁴⁰

Nessa atualidade pós-panótica não importa mais onde está quem determinada a ordem, e a diferença entre próximo e distante, ou entre espaço civilizado e ordenado, tende a desaparecer, significando também o fim da era do engajamento mútuo entre supervisores e supervisionados, entre capital e trabalho, entre líderes e seguidores. A principal técnica de poder agora engloba a efetiva rejeição de qualquer confinamento territorial que possa acarretar responsabilidades – coletivas ou individuais, públicas ou privadas – como a manutenção da ordem, dos custos e das consequências. Com isso, ninguém precisa assumir qualquer espécie de responsabilidade.¹²⁴¹

Com relação ao Estado contemporâneo, duas recentes guerras foram exemplo disso: tanto no Golfo quanto na Iugoslávia houve relutância em se utilizar tropas terrestres, não apenas para preservar a política interna e salvaguardar vidas perdidas em combate, mas especialmente porque as consequências administrativas e gerenciais advindas da conquista do território eram evitadas a todo custo ao ponto de ser qualificada como um prejuízo colateral à própria força atacante. A estratégia militar de atingir e correr prefigura o novo tipo de guerra da modernidade líquida, que não busca o domínio de novos territórios mas sim a destruição dos obstáculos que impeçam o fluxo dos novos poderes globais, expulsando do pensamento do “inimigo” o desejo de formular suas próprias regras, abrindo espaço para a atuação

¹²³⁹ “Entre a vontade universalista, mas apolítica, do mercado, fundada sobre a ilusão de um indivíduo universal e abstrato que seria tomado como referência absoluta e a experiência política das comunidades particulares às quais pertencem os cidadãos, faz-se urgente encontrar construções políticas adequadas capazes de evitarem essa falta de intermediação política, que coloca a todos cara a cara, de forma insuportável, com a globalização (Guéhenno, 1995). O desafio é, pois, politizar a globalização para que seus espontâneos processos econômicos e sociais constituam um progresso civilizatório e não se convertam em barbárie. A isso se denomina de ‘republicanização da globalização’ (Cruz e Cademartori, 2009)”. REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 2(2): 96-111 julho-dezembro 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/442>. Acesso em: 28 nov. 19. p. 99.

¹²⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 58/9.

¹²⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 17.

de outros ramos não militarizados sobre o vencido. “A guerra hoje, pode-se dizer (parafraseando a famosa fórmula de Clausewitz), parece cada vez mais uma ‘promoção do livre comércio por outros meios’”.¹²⁴²

São transformações extremas com relação à concepção vivenciada na época em que nossas instituições públicas foram concebidas, ainda durante a idade moderna mas sob a influência do modo de vida medieval, onde o principal objetivo de um rei era expandir seu território por meio da guerra. Seria algo unimaginável, mesmo até poucas décadas atrás, que um Estado ingressasse em uma guerra sem o objetivo de conquistar território, ou, mais surpreendente ainda, que sagrando-se vencedor da batalha se desinteressasse em ocupar o espaço disponível¹²⁴³.

Também na era medieval, existia um nomadismo, notadamente observado pelos povos germânicos europeus, que praticamente desapareceu com o surgimento dos reinos e especialmente do Estado moderno ao se fixarem em solo firme lançando fundações para o estabelecimento de uma nova ordem legislada e codificadora dos direitos e deveres dos cidadãos. Os que continuaram a se deslocar sem preocupações territoriais ou de observância dos comandos dos legisladores, ignorando as fronteiras estabelecidas, foram taxados como principais vilões na guerra santa travada sob o auspício do progresso e da civilização. A pecha permaneceu ainda durante a idade moderna e também contemporânea, e a falta de endereço fixo ou de origem comprovada significava a exclusão da comunidade obediente regida pelas leis, acarretando contra eles perseguição e até mesmo discriminação legal, extensiva à subclasse andarilha e sem-teto, todas elas submetidas às tradicionais técnicas panópticas.¹²⁴⁴

¹²⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 17.

¹²⁴³ “Entre 1875 e 1915, quase um quarto da superfície do globo terrestre foi distribuído ou redistribuído, sob a forma de colônia, entre meia dúzia de Estados. Antes disso, os Estados Unidos anexaram pelas armas, somente no continente americano, metade do território mexicano em 1848; fizeram intervenções militares em 1824 em Porto Rico, em 1845 e 1847 no México (em preparação à guerra de anexação do ano seguinte), em 1857 na Nicarágua, e em 1860 na província do Panamá e outra vez na Nicarágua. Antes do final do século, o Estado norte-americano tornou-se senhor do Havaí e das Filipinas, retomando, assim, o projeto original de Cristóvão Colombo: alcançar o Oriente pelo Ocidente”. COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**.

¹²⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 17.

Mas do mesmo modo que se observou com a conquista de territórios pelos Estados, o assentamento do povo não está mais em consonância com o fluido da modernidade, até porque a maioria assentada é dominada pela elite nômade¹²⁴⁵ e extraterritorial¹²⁴⁶. Essa elite pode dominar sem se preocupar com a administração, gerenciamento ou bem-estar, sem amarradas morais ou civilizatórias. O engajamento ativo na população subordinada, além de não ser necessário, é fortemente evitado por ser custoso e até mesmo ineficaz. Maior não significa, como em outrora, melhor, mas carece de significado racional; agora é o menor, mais leve, portátil, que se traduz na melhoria e no progresso. Desse modo, manter as rodovias abertas para o trânsito nômade e tornar mais distantes as barreiras remanescentes se tornou uma meta-propósito político e de guerra.¹²⁴⁷

Ter mobilidade, leveza, é hoje recurso de poder, afastando-se de coisas anteriormente consideradas atrativas por sua confiabilidade, solidez e capacidade de resistência¹²⁴⁸. Fixar-se ao solo¹²⁴⁹ já não é mais tão interessante se ele pode ser alcançado e abandonado à vontade, até porque constituir amarras, sobrecarregando

¹²⁴⁵ "O pensamento alargado é, na realidade, um pensamento nômada, que vai 'de lugar em lugar, de uma parte do mundo para outra'". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 75.

¹²⁴⁶ "O espaço deixou de ser um obstáculo — basta uma fração de segundo para conquistá-lo. Não há mais 'fronteiras naturais' nem lugares óbvios a ocupar. Onde quer que estejamos em determinado momento, não podemos evitar de saber que poderíamos estar em outra parte, de modo que há cada vez menos razão para ficar em algum lugar específico (e por isso muitas vezes sentimos uma ânsia premente de encontrar — de inventar — uma razão). O espirituoso adágio de Pascal revelou-se uma profecia confirmada: de fato vivemos num estranho círculo cujo centro está em toda parte e a circunferência em parte alguma (ou, quem sabe, exatamente o contrário?)". BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 75

¹²⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 18-20.

¹²⁴⁸ "Num mundo em que o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica não mais funcionam. E Alberto Melucci diz que a influência crescente das organizações supranacionais — 'planetárias' — 'teve por efeito acelerar a exclusão das áreas fracas e criar novos canais para a alocação de recursos, retirados, pelo menos em parte, ao controle dos vários Estados nacionais'. Nas palavras de G.H. von Wright, a 'nação-estado parece que se está desgastando ou talvez 'definindo'. As forças erosivas são transnacionais'. Uma vez que as nações-estados continuam sendo as únicas estruturas para um balanço e as únicas fontes de iniciativa política efetiva, a 'transnacionalidade' das forças erosivas coloca-as fora do reino da ação deliberada, proposital e potencialmente racional. Como tudo o que elide essa ação, tais forças, suas formas e ações são ofuscadas na névoa do mistério; são objetos de adivinhação e não de análise confiável". BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 56.

¹²⁴⁹ "Existem novos poderes transnacionais desterritorializados que estão absolutamente sem nenhum tipo de controle ou limite que os faça estar submetidos ao interesse geral ou interesse da maioria". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1344.

os laços com compromissos vinculantes, pode acarretar na perda de oportunidades em outras localidades.¹²⁵⁰

Nessa notável inversão da tradição milenar, agora são os poderosos que evitam o durável e desejam o transitório, enquanto os da base da pirâmide lutam inocuamente para manter suas frágeis e transitórias posses durarem mais tempo.¹²⁵¹ Nessa toada, a desintegração das organizações sociais de ação coletiva constitui tanto uma condição como um resultado esperado por essa nova técnica de poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga para que o mundo esteja livre de obstáculos e o poder tenha liberdade para fluir¹²⁵². A ausência de laços sociais e de enraizamento territorial possibilita a crescente fluidez do poder global. “E são esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanas que permitem que esses poderes operem”.¹²⁵³

Nesse diapasão, a antiga modernidade “desacomodava” o indivíduo a fim de “reacomodar”; ela dava contornos à individualidade de seus membros e os indivíduos, a partir das ações na vida, formavam a sociedade seguindo estratégias plausíveis e factíveis perante a rede socialmente tecida¹²⁵⁴. A segunda modernidade substituiu a determinação individual heteronômica pela autodeterminação compulsiva e obrigatória, mas sem fornecer espaços para “readequação”. Os que estão disponíveis são espaços frágeis de variados tamanhos e estilos que se portam de maneira cambiante, obrigando que as pessoas estejam permanentemente em

¹²⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 20.

¹²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 20.

¹²⁵² “A sensação de vazio, mais ou menos estendida entre os cidadãos das democracias modernas tem diversas origens e, é possível dizer, diversas caras: a desorientação dos indivíduos na estreiteza da vida privada, a ausência de conteúdo espiritual do mundo do dinheiro, o hedonismo desenfreado, o relativismo intelectual. Em suas relações com a evolução da vida política, esta sensação de ‘vazio’ expressa o final de um ciclo histórico bicentenário, compreendido entre a Revolução Francesa – que representa as revoluções burguesas do Século XVIII – e a queda do Muro de Berlin e tudo que ela representou, vivida recentemente. Provavelmente está sendo enterrada em suas diversas dimensões”. REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. p. 100.

¹²⁵³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 20.

¹²⁵⁴ “Este mundo das redes está dominado pelas grandes empresas transnacionais, administradoras de uma economia global que tende ao oligopólio na maioria dos setores. Estas empresas estão, além disso, abertamente aliadas ao poder estatal na sua tarefa de socialização do risco e do custo, assim como na repressão àquilo que não seja politicamente correto”. REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. p. 101.

movimento sem prometer qualquer objetivo de realização, descanso ou satisfação em alcançar o destino final, quando então poder-se-ia relaxar e deixar de se preocupar. “Não há perspectiva de ‘reacomodação’ no final do caminho tomado pelos indivíduos (agora cronicamente) desacomodados”.¹²⁵⁵

A sociedade hodierna está impregnada imperceptivelmente para o homem comum por um sentido “pantécnico” sem par, que conhece apenas sujeitos dominantes, de um lado, e, de outro, coisas a dominar, sem estabelecer grandes diferenças entre o material natural e o humano. Nesse mundo tecnológico, “todo objeto e qualquer sujeito é um dado, tudo é meio para alcançar um fim. Inclusive o próprio sujeito, degradado à mera força de trabalho, renovável e substituível”. A tecnologia, dessa forma, exclui as diferenças entre a normalidade e o normativo, “gerando um *éthos* de indiferença”, quando, a partir de então, a responsabilidade deixa de se fundar na moral ou no direito, nem mesmo se funda em convicções ou resultados, mas sim “nessa vaga percepção de que *algo precisa ser feito*”.¹²⁵⁶

O advento da sociedade tecnológica, assim, apresenta uma crise na concepção do homem notadamente pelo predomínio da ideologia individualista, tornando difícil perante a atual sociedade altamente politizada reconhecer-se em um perfil antropológico fundamental ou mesmo de se referir a uma imagem estabilizada e coerente do homem. Nessa sociedade de consumo, o homem começa a ser avaliado diante da utilidade na cadeia produtiva, e a força de trabalho recebe o mesmo valor que se atribuiu às máquinas e aos instrumentos de produção. A mentalidade da máquina eficaz uniformiza coisas e seres para depois desvalorizar tudo, transformando a natureza e os homens em bem de consumo, não destinados a permanecer, mas sim a perecer ao serem consumidos. O homem, assim, acima de tudo, virou um produto, confundido com coisa, a serviço da própria sobrevivência, em uma escala de velocidade em que tudo se supera na chamada civilização

¹²⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 40-42.

¹²⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. In: **Filosofia do Direito Contemporâneo** – Homenagem ao Professor Nicolau Apóstolo Pítsica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 493.

técnica¹²⁵⁷. E todo produto é meio para um novo produto, de tal modo que as linhas distintivas entre política e economia se tornam confusas.¹²⁵⁸

O individualismo, então, passa a ser mera fatalidade ocasionada pelo desacolhimento, gerando um abismo gigantesco entre ele e o individualismo dotado de capacidade realista de autoafirmação. O indivíduo se vê coagido a agir, ainda que sem escolha e contrafactualmente, causando sofrimento e espalhando vetores desse novo modo de se portar na cidadania, moralidade e no estímulo ao consumo desenfreado e compulsivo.¹²⁵⁹

Sem embargo, a individualidade como fatalidade pode ser considerada como o maior inimigo da cidadania, a partir do momento em que a pretensa liberdade¹²⁶⁰ adquirida pode tornar as pessoas indiferentes umas com as outras. O cidadão é uma pessoa que procura encontrar o seu bem-estar como consequência do bem-estar comunitário, enquanto o indivíduo concretiza seu próprio bem-estar de maneira cética e egoística em relação à comunidade. Mesmo quando realizam atividades em conjunto, por mais benefícios que possam ter, eles o perceberão como limitação às suas respectivas liberdades, e não se esforçarão para ajudar mutuamente. Ao mesmo tempo, perderam os parâmetros e a capacidade de autocrítica, “isto é, em todo caso, o que lhes é dito hoje, e aquilo em que passaram a acreditar, de modo que agora se comportam como se essa fosse a verdade”.¹²⁶¹

Considerando o indivíduo como o pior inimigo do cidadão, o espaço público foi colonizado pelo privado, e o interesse público se transmutou na

¹²⁵⁷ “O novo envelhece rápido na era industrial. O que dizer do século XX, com a explosão da produção e do consumo? O desenvolvimento industrial, na mesma velocidade que lança novos produtos, torna-os obsoletos, o que provoca consequências ambientais e culturais importantes”. FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. p. 55

¹²⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 493/4.

¹²⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 42-44.

¹²⁶⁰ “Com a pós-modernidade, é evidente que está morrendo a primeira concepção da liberdade e que o melhor que se conseguiu obter foi, muito provavelmente, a limitação do Poder Público. Há um progressivo e evidente fenecimento do conceito moderno de liberdade, pois, de fato, só o homem rico a possui”. REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. p. 100.

¹²⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 42-45.

curiosidade sobre a vida particular das pessoas, apresentando severas dificuldades para a realização de políticas públicas voltadas à cidadania.¹²⁶² A noção do que representava o público, de interesse comum, concebida como a “praça, ou agora”, passou a ser o espetáculo, o show, “lugar” meramente simbólico integrado difusamente por mensagens regulatórias do discurso e da opinião, cujo paradigma são os meios de comunicação. Não abrange mais a elevação das ideias políticas, mas sim a apresentação de plataformas e projetos de venda articulada, “tornando-se a participação política uma escolha entre diferentes imagens consumíveis”, acarretando o curto-circuito das relações humanas com a transformação da informação em uma espécie de *commodity*.¹²⁶³

Assim, a individualidade do sujeito em oposição à coletividade e do público em oposição ao privado sofre uma considerável mutação, porquanto ao mesmo tempo em que estão todos separados em suas respectivas casas, estão todos conjuntamente consumindo o mesmo espetáculo fornecido pelos meios de comunicação¹²⁶⁴. E essa “simultaneidade restringe as capacidades de atuação do Estado, retirando-lhe importantes funções”, especialmente diante da assimetria do poder privado em comparação ao poder público^{1265, 1266}.

¹²⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. ?.

¹²⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 497.

¹²⁶⁴ “Muitos mudam de lugar — de casa ou viajando entre locais que não são o da residência. Alguns não precisam sair para viajar: podem se atirar à Web, percorrê-la, inserindo e mesclando na tela do computador mensagens provenientes de todos os cantos do globo. Mas a maioria está em movimento mesmo se fisicamente parada — quando, como é hábito, estamos grudados na poltrona e passando na tela os canais de TV via satélite ou a cabo, saltando para dentro e para fora de espaços estrangeiros com uma velocidade muito superior à dos jatos supersônicos e foguetes interplanetários, sem ficar em lugar algum tempo suficiente para ser mais do que visitantes, para nos sentirmos em casa. No mundo que habitamos, a distância não parece importar muito. Às vezes parece que só existe para ser anulada, como se o espaço não passasse de um convite contínuo a ser desrespeitado, refutado, negado”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. p. 75.

¹²⁶⁵ “O problema dos nossos tempos é o aumento da complexidade de maneira exponencial e a existência de sociedades extremamente heterogêneas, sincréticas, mundializadas e conectadas on-line ao mundo digital. Isso faz com que o instrumento idealizado pelos modernos para promover a oitiva à sociedade a cada eleição parlamentar não traduza de forma eficiente as tendências da sociedade naquele determinado momento. Sair de casa para votar em um representante já não é o suficiente para a formação do interesse geral ou da maioria. Principalmente nas sociedades heterogêneas e complexas.” BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1339.

¹²⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 497/8.

Outro fator que tornava o indivíduo estático e impedia a mobilidade dos indivíduos era a carreira laborativa. No fordismo, por exemplo, o trabalhador iniciava o seu emprego na fábrica e tinha a perspectiva de passar a sua vida inteira naquela localidade; atualmente, um indivíduo que inicia o trabalho na Microsoft não sabe onde estará no dia seguinte – tanto se empregado, quanto se optar por trabalhar em outra empresa, pois a amarra da carreira não seduz mais ninguém e a liberdade pós-moderna lhe permite transitar entre diversos empregadores de maneira natural. Era um capitalismo “pesado” tão fixado ao solo quanto as pessoas, diferentemente do capital “leve” da atualidade que pode estar resumido a um computador portátil que dorme em um continente e acorda em outro.¹²⁶⁷

Nesse contexto, não apenas em relação à modalidade laborativa, mas essencialmente no tocante ao produto ofertado, as empresas mais valiosas do mundo deixaram de ser as que exploram o petróleo ou as que fabricam automóveis e utilidades, mas sim as que produzem tecnologia e especialmente as que possuem a capacidade de armazenamento de dados individuais¹²⁶⁸, como Apple, Amazon, Google, Facebook e Microsoft.¹²⁶⁹

Esse capitalismo pesado era o mundo dos que ditavam as leis, “dirigidos por outros, buscando fins determinados por outros, do modo determinado por outros”; por essa mesma razão era igualmente o mundo das autoridades, dos líderes com capacidade de comandar e que sabiam mais, assim como de professores que ensinavam a proceder melhor. O capitalismo leve, que é amigável com o consumidor, não eliminou essas autoridades e nem mesmo as tornou dispensáveis, mas permitiu que juntamente com elas coexistissem inúmeras outras até chegar ao ponto em que nenhuma delas conseguiria se manter em posição de exclusividade ou se sustentar no poder por muito tempo¹²⁷⁰. Esse sem número de autoridade,

¹²⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 75.

¹²⁶⁸ FORBES. **As 100 marcas mais valiosas do mundo em 2019**. Por Kurt Badenhausen. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2019/05/as-100-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2019/>. Acesso em: 18 nov. 19.

¹²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação**.

¹²⁷⁰ “Há causas diversas para a ascensão do populismo autoritário. Procurei sistematizar essas causas em três categorias diversas: causas políticas, causas econômico-financeiras e causas

porém, tende a inibir umas às outras, cancelando-se reciprocamente. A única autoridade que restaria na área é a que pode escolher entre elas. “É por cortesia de quem escolhe que a autoridade se torna uma autoridade. As autoridades não mais ordenam; elas se tornam agradáveis a quem escolhe; tentam e seduzem”.¹²⁷¹ E nessa sociedade de “descentralizações coordenadas/descoordenadas”, o indivíduo, que até bem pouco tempo atrás era classificado pela lógica da inclusão-exclusão, hoje é um operário do sistema que exerce uma função dútil de útil-inútil¹²⁷².

Por certo os poderes extraestatais não são nenhuma novidade na democracia. A maioria democrática sempre representou uma minoria detentora dos mecanismos de poder. O próprio Estado liberal nasceu com um parlamento completamente burguês; o Estado social, a partir dos primeiros estágios da democracia verdadeiramente participativa, viu grupos políticos divididos entre empregadores e empregados disputando as cadeiras políticas, associados aos meios de comunicação e de influência sobre as massas, grupos estes cada vez mais diversificados diante de uma sociedade multifacetada no Estado democrático. Mas ainda assim estavam concentradas em torno da consecução dos objetivos do Estado, voltado ao interesse público, mesmo que parcialmente existentes direcionamentos para a esfera privada; agora, o perfil das autoridades mudou e os poderes possuem outros objetivos maiores e supraestatais¹²⁷³.¹²⁷⁴

culturais-identitárias. As causas políticas recaem, sobretudo, na crise de representatividade, com visível descolamento entre a classe política e a sociedade civil. Isso se deve ao fato de que o processo eleitoral não consegue dar voz e relevância à cidadania, aliado ao sentimento de que as grandes decisões são tomadas, mesmo, pelo poder econômico-financeiro globalizado”. BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental**: limites do direito num mundo em transformação.

¹²⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 75.

¹²⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 500.

¹²⁷³ “Num contexto mundial caracterizado pela ausência de liderança (Badie, 2010) e pela proliferação de esferas de autoridade, a determinação dos Estados de se reintegrar de forma mais decisiva no jogo internacional e a multiplicação de reuniões multilaterais formais e informais que resulta disto apontam para uma governança em busca de novos ares, especialmente desde sua admissão de fracasso na metade da primeira década do século XXI, ainda mais considerando que a atmosfera de ansiedade e instabilidade do sistema internacional estimula o reflexo de recuo”. VERCAUTEREN, Pierre. **Do “Consenso de Washington” ao “Consenso de Seul”**: Qual o papel do Estado na governança? Revista Estudos Políticos: a publicação eletrônica semestral do Laboratório de Estudos Hum(e)anos (UFF) e do Núcleo de Estudos em Teoria Política (UFRJ). Rio de Janeiro, Vol. 5, N. 1, pp. 53 – 73, dezembro 2014. Disponível em: <http://revistaestudospoliticos.com/>. Acesso em: 7 nov. 19. p. 66.

Nesse contexto, o consumismo sofreu profunda mutação em sua origem. Historicamente, o consumo se originou diante da própria necessidade do indivíduo; era a aquisição de coisa ditada pelo princípio do prazer limitado pelo princípio da realidade. A necessidade do século XIX foi lentamente sendo substituída pelo consumo do desejo, muito mais expansível do que a simples necessidade diante da sua imiscuidade com sonhos volúveis sobre a autenticidade de um verdadeiro “eu” em busca de expressão. O desejo cumpriu seu objetivo de introduzir o vício compulsivo ao consumidor, mas não é mais capaz de ditar o ritmo.¹²⁷⁵

Agora chegou a vez de descartar o desejo e o substituir por um outro elemento ainda mais versátil e voraz para manter o anseio do consumidor no mesmo nível da oferta: o “querer”. O simples querer liberta as amarras do princípio do prazer e elimina qualquer impedimento derivado do princípio da realidade. Enquanto o desejo era estimulado pela autoafirmação, autoprovação, vaidade, inveja e comparação, nada, absolutamente nada está por detrás do consumismo pautado pelo simples querer além do próprio imediatismo. É uma compra casual, despropositada, desnecessária, espontânea e inesperada, e “tem uma qualidade de sonho tanto ao expressar quanto ao realizar um querer, que, como todos os quereres, é insincero e infantil”¹²⁷⁶, talvez atuante como sinônimo de liberdade, que nesse diapasão, pode ser definida como “possibilidade de atividade individual”, mas de modo a não importar qual atividade, deixando de fornecer um padrão ou uma medida para aquilo que o cidadão estaria legitimado a opor contra o Estado.¹²⁷⁷

E nessa nova concepção de liberdade pautada pela pós-modernidade, em que o algoritmo foi alçado à posição de timão da sociedade, por intermédio de um mero cálculo passado e futuro são invertidos, e o futuro contingente, vislumbrado em

¹²⁷⁴ O Estado constitucional está em crise diante do fato dos centros de decisões e de grande parte das fontes normativas tradicionalmente reservadas à soberania estarem situados fora dos limites dos Estados nacionais, como ocorre na União Europeia, em uma espécie de regressão ao pluralismo e a sobreposição de ordenamentos que foram próprios do direito pré-moderno. FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos. Série derecho*. p. 20.

¹²⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O futuro do direito*. p. 492.

¹²⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. p. 88.

¹²⁷⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O futuro do direito*. p. 492.

uma operação aritmética enjambrada por meio da inteligência artificial, torna passado aquilo que possivelmente acontecerá apenas no futuro, como mera probabilidade. E, dessa forma, a responsabilidade do indivíduo passa a se medir pela expectativa de um futuro teoricamente previsível. “Mas como o futuro é contingente, a responsabilidade toma o sentido de uma promessa condicionada”, o que pode explicar as lamentações dos indivíduos que, carecedores de responsabilidade própria, “culpam-se pelo que poderá acontecer perante o que poderia ter acontecido”, ao tempo em que exigem difusamente que terceiros assumam a responsabilidade do que possa lhes acontecer, “sem conseguir um caminho para evitar o niilismo e a desesperança. Pior, a indiferença”.¹²⁷⁸

É uma liberdade sem sujeito, uma responsabilidade sem sujeito, alterando-se fundamentalmente a noção típica de direito subjetivo, onde o indivíduo se obriga não perante o sujeito com quem estabelece uma relação, mas com quem é por ele indicado a satisfazer a exigência, e quem ousar pensar fora da rede¹²⁷⁹ acaba se isolando e se tornando um elemento nulo nesse novo cenário mundial em que o indivíduo adquire relevância somente a partir da ótica da análise de mercado e se corrompe em troca de uma versão abstrata de cidadania.¹²⁸⁰

Nessa quadra, o direito estatal deixa de ter caráter de normatização e organização para se fixar como instrumento apropriável por grupos dominantes, como norma dispositiva e disponível e não mais como monopólio do Estado, não obstante ainda ser criado por ele, acomodando interesses locais e privados em detrimento do interesse público.¹²⁸¹ “As ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis”.¹²⁸² Com a velocidade imposta pela comunicação virtual, a base do raciocínio moderno aos poucos se liquefaz

¹²⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 501.

¹²⁷⁹ “A sociedade em redes deve ser vista nas suas estruturas de comunicação e de poder. Criar redes é um exercício de poder. As relações entre comunicação, poder e rede formam um elemento essencial na medida em que a relação entre espaço e tempo é pautada pela ideia de fluxos”. FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. São Paulo: Érica, 2014. p. 161.

¹²⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 502/3.

¹²⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 503.

¹²⁸² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 88.

proporcionando o aparecimento de valores superlativos, diferentes das tradicionais liberdades, em torno de temas até então negligenciados pelos axiomas modernos¹²⁸³.

O individualismo existente na sociedade atual é algo que precisa ser enfrentado para minimizar seu impacto sob o modo de condução da vida das pessoas, entre a autoafirmação individual e as situações sociais derivadas a partir dela, uma tarefa tormentosa para o Estado contemporâneo, inclusive no tocante à Jurisdição, que é onde acaba sendo desaguada toda a frustração da sociedade por meio das ações judiciais que em grande parte são pautadas pelo egoísmo e pela própria incapacidade de assumir responsabilidades e resolver por si só seus mais simplórios problemas, em características típicas do individualismo^{1284, 1285}. Isso ocorre exatamente porque a sociedade hipercomplexa apresenta à Jurisdição o novo desafio de solucionar os conflitos diante de uma nova racionalidade jurídica que deve ultrapassar as amarras da tradicional dogmática e compreender que o saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano será insuficiente para a prestação jurisdicional adequada¹²⁸⁶.

¹²⁸³ "Com a velocidade imposta pela comunicação digital via internet, o que Rifkin chama de civilização empática foi e vai se formando. A base do raciocínio moderno perde força gradualmente e vai dando lugar a valores superlativos, muito diferentes de liberdade, liberalismo, capitalismo, direito de propriedade, entre tantos outros. Começam a surgir discussões muito sérias em torno de temas até então negligenciados pelos axiomas modernos". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1342.

¹²⁸⁴ "A judicialização da vida privada tem inundado o Poder Judiciário com questões que poderiam ser resolvidas de forma madura e com mais diálogo entre envolvidos. Foi esta a crítica feita pela juíza de Direito Vanessa de Oliveira Cavalieri Felix, da vara da Infância e da Juventude do RJ. Ela julgou improcedente o pedido de uma mãe que pretendia receber R\$ 20 mil de indenização porque seu filho de menos de dois anos foi mordido por um coleguinha da creche, que tinha a mesma idade, durante os quatro meses em que conviveram na unidade. [...] Segundo a juíza, adultos cada vez mais infantilizados assoberbam o Poder Judiciário com ações infundadas, cujo cerne é nada mais que um inconformismo com a infelicidade. Como se existisse um direito absoluto à felicidade e como se o juiz tivesse o poder de garantir essa felicidade permanente e irrestrita a todas as pessoas". MIGALHAS QUENTES. **Juíza nega indenização a criança mordida por outra e critica: "adultos infantilizados assoberbam Judiciário"**. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/quentes/314191/juiza-nega-indenizacao-a-crianca-mordida-por-outra-e-critica-adultos>. Acesso em: 4 out. 19.

¹²⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. p. 88.

¹²⁸⁶ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1347.

5.2 UM FATOR COLETIVO: NECESSIDADES SOCIAIS

O fator coletivo a ser abordado tem como pressuposto o descompasso entre as necessidades sociais contemporâneas expressadas por novas dimensões do direito positivadas diante das antigas concepções estruturais em uma sociedade de risco.

A humanidade vivenciou anos de modernidade¹²⁸⁷ e observou suas experiências sociais evoluírem e se multiplicarem em uma escala até não vislumbrada, ultrapassando os preceitos da sociedade agrária estamental para usufruir das facilidades proporcionadas pela era industrial, que aos poucos também vem encontrando seu fim, ainda que de maneira diversa, sem revoluções abruptas. Essa pós-modernidade invade a vida contemporânea lentamente, mostrando inovações tecnológicas diariamente diante das quais o ser humano as recebe com naturalidade, e a sociedade vem assumindo outras feições permitindo que seja qualificado como uma sociedade de consumo, da informação, pós-moderna, pós-industrial ou de risco.¹²⁸⁸

Diferentemente do que antes era observado, na sociedade contemporânea a produção de riqueza vem acompanhada pela produção de um risco ambiental, motivado pelo crescimento econômico desenfreado. Os riscos são gerados, assim, dentro do próprio processo civilizatório, sobrepondo-se aos conflitos distributivos da sociedade da escassez “surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos¹²⁸⁹”. Na era do risco, as ameaças com as quais nos confrontamos não podem ser atribuídas a Deus ou à

¹²⁸⁷ "A modernidade, *stricto sensu*, começa com o fim do antigo regime e com a implantação gradativa dos estados constitucionais. E junto com eles os instrumentos de liberalismo econômico e de liberalismo político". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1340.

¹²⁸⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. Tradução de Raul Fiker. p. 11.

¹²⁸⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. p. 23.

natureza, mas à própria “modernização” e ao próprio “progresso”.¹²⁹⁰

Os riscos, como são atualmente produzidos, diferenciam-se claramente das riquezas, cuja concentração ensejou a transformação do Estado liberal em social. Enquanto as riquezas transitam entre os indivíduos e podem, ao menos teoricamente, ser melhor distribuídas, os riscos atingem a humanidade como um todo, desencadeando danos sistematicamente definidos, em grande parte das vezes invisíveis, sendo baseados em interpretações causais que podem ser ponderadas e se situam abertas a processos sociais de definição, revelando-se como instrumento chave propositivo em termos sociopolíticos. Com a incrementação dos riscos, surgem as situações sociais sob ameaça, mas em uma lógica distributiva substancialmente diferente, pois os riscos da modernidade alcançam igualmente, cedo ou tarde, ou que produziram ou os que lucram com ele, em um “efeito bumerangue”.¹²⁹¹

E apesar de aumentar o abismo existente entre os Estados desenvolvidos e os que estão em desenvolvimento, ainda assim a mercantilização dos riscos segue a mesma lógica do grande capitalismo. Os riscos da modernização podem ser considerados como um grande negócio, interminável, infinito e autoproduzido, tornando-se um autorreferencial independente do ambiente das satisfações humanas. Diferentemente das riquezas, que são “possuídas”, com os riscos somos “afetados”; enquanto no processo civilizatório a consciência é determinada pela existência em uma classe social, nas situações de ameaça é a consciência humana que determina a existência, quando, a partir de então, o conhecimento adquire uma nova relevância política, pautada, agora, sobre o conhecimento dos riscos.¹²⁹²

E, com isso, o que era considerado até pouco tempo atrás como apolítico¹²⁹³ se torna politizado, como o combate às causas no próprio processo de

¹²⁹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. p. 7-20.

¹²⁹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. p. 7-20.

¹²⁹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. p. 7-20.

¹²⁹³ “Atualmente, o que está em jogo é a própria Democracia: a globalização rompe seu habitat natural – um território delimitado por fronteiras, dentro das quais vivem determinados cidadãos – e, ao mesmo tempo, gera exclusão social, indo contra a raiz de toda ordem democrática, negando a

modernização. Repentinamente, "a esfera pública e a política passam a reger a intimidade do gerenciamento empresarial", na forma de elaborar os produtos mas também na especificação dos seus riscos, que não se limitariam apenas, por exemplo, a especificar os problemas de saúde, mas especialmente "dos efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos desses efeitos colaterais" - perda de mercado e do capital, controle burocrático das decisões empresariais, custos de produção, procedimentos administrativos e processos judiciais, abertura de novos mercados dentre tantos outros - emergindo, assim, o "potencial político das catástrofes", cuja prevenção e manejo exigem uma reorganização do poder e da responsabilidade.¹²⁹⁴

"A sociedade de risco¹²⁹⁵ é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade¹²⁹⁶". Por meio dela significa que vivemos em um mundo fora do controle, governado inteiramente pelas leis da probabilidade, e não da realidade, onde tudo é calculável. São certezas não mensuráveis lastreadas em riscos que não podem ser mensuráveis, representando simplesmente incertezas fabricadas que, reforçadas pelas rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, criam um novo aspecto de risco global. "Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da

cidadania. Não se deve perder de vista que o processo de globalização em curso não só tem caráter econômico, mas muito fundamentalmente caráter político, ainda que formalmente não se apresente assim (Oller I Sala, 2002). Por trás de um viés economicista se esconde uma orientação política muito concreta, ou melhor dizendo, uma forma de dominação que, disfarçada de apolítica, expulsa os cidadãos para um mundo de redes anônimas que escapam de todo controle e a toda lógica democrática". REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. p. 101.

¹²⁹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. p.

¹²⁹⁵ "A sociedade de risco é a consequência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma sociedade em situação periclitante de risco pluridimensional, onde a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. In: Adriana Fasolo Pilati Scheleder et al. **Jurisdição constitucional e democracia**. Itajaí: Univali, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20CONSTITUCIONAL%20E%20DEMOCRACIA.pdf>. Acesso em: 29 out. 19.

¹²⁹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. p. 7-20.

possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância” (*not knowing*).¹²⁹⁷

Diante do universo de ausência de conhecimento, a questão que se apresenta como fulcral é a definição de quem, com quais recursos legais e intelectuais, decide o que é relevante para se conceituar o risco, a causa e o custo, para então poder indicar quem são os responsáveis pelos danos, em um duelo entre a preponderância entre as regras de evidências e as leis de responsabilidade. “E a razão para isso é que, no fundo, o verdadeiro duelo se dá entre a ideia de que alguém é responsável e a ideia de que ninguém é responsável”. Enquanto de um lado os ocupantes do Poder público dizem que no máximo regulam o mercado, sem estarem no comando, especialistas científicos dizem que apenas seguem a evolução tecnológica criando oportunidades de negócio para atender a demanda consumerista; e nessa celeuma a sociedade se tornou um grande laboratório de pesquisa sem nenhum responsável pelas consequências dos experimentos. E apesar da globalização dos riscos, os efeitos são desigualmente distribuídos, e a população dos países menos desenvolvidos é a que suporta as maiores consequências, fruto de um processo externo, que não pode ser controlado internamente no campo político nacional autônomo, onde as pessoas se sentem reféns indefesas desse processo e qualquer tentativa local de correção dos efeitos são impossíveis.¹²⁹⁸

As regras até então estabelecidas sobre atribuição e responsabilidade, nesse contexto, encontram-se ultrapassadas, e sem uma atualização cuidadosa na aplicação e na Jurisdição elas podem gerar o efeito contrário do pretendido, aumentando os perigos diante de sua “anonimatização (*anonymization*)” que passa a ser legitimada, gerando uma paradoxal cultura do medo derivada justamente de instituições construídas para controlar, e não para produzirem a

¹²⁹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck.** IHU ONLINE, WWW.UNISINOS.BR/IHU, São Leopoldo, 22 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 8 out. 19. p. 5.

¹²⁹⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck.** p. 7, 8 e 10.

“incontrolabilidade”.¹²⁹⁹

Talvez hoje a sociedade, e por consequência também o Estado regulador, esteja vivenciando os mesmos dilemas enfrentados pelo Estado liberal voltados ao capitalismo desenfreado que no período da primeira revolução industrial lançou à classe assalariada uma onda de exploração e miséria antes de se reformular e voltar sua atividade ao bem-estar no Estado social. Dois séculos atrás, o ser humano estava ciente das consequências oriundas da observação do liberalismo ilimitado, para o indivíduo e para a coletividade, como atualmente também tem consciência que o crescimento econômico e o desenvolvimento tecnológico desenfreado são causas da degradação ambiental – em sentido amplo –, com seus incontáveis conseqüências ao indivíduo e à coletividade¹³⁰⁰.

A conscientização determinante para a passagem do liberal ao social foi oportuna e impediu, de certo modo, outras consequências mais severas. Mas nossas atuais políticas públicas, diferentemente daquelas observadas no passado, não parecem estar em consonância com as necessidades e nem são suficientes para impedir consequências socioambientais drásticas para toda a humanidade.¹³⁰¹ “Portanto, a ‘gramática’ social e política em que vivemos, pensamos e sobre a qual agimos está se tornando historicamente obsoleta, não obstante, continua a governar nosso pensamento e nossas ações”¹³⁰².

Nessa conjuntura, os cuidados especiais com o ambiente exigem contribuições qualificadas de todos no campo do saber, notadamente daqueles que possam influenciar a melhora das atitudes em relação ao seu entorno. Na esfera pública, o direito deixa de ser apenas um mecanismo de controle social e passa a

¹²⁹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. p. 7.

¹³⁰⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck**. p. 8. Referindo-se à teoria sobre a justiça de Rawls, que estaria sedimentada em dois pontos ultrapassados

¹³⁰¹ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck**. p. 8.

¹³⁰² BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck**. p. 8. Referindo-se à teoria sobre a justiça de Rawls, que estaria sedimentada em dois pontos ultrapassados

ser a fonte do fomento e da promoção de valores voltados à articulação global necessários à sobrevivência do ser humano e ao convívio sustentável também com outros seres vivos.

A melhora contínua do comportamento humano depende essencialmente “de boas leis, instituições consolidadas e atuantes e intensa participação e controle social”, que possam resultar na materialização de um “bom direito”. Nessa reorganização do poder e da responsabilidade, regras que proporcionem um melhor direcionamento social podem fazer emergir uma até então ausente sensação de pertencimento e dependência mútua, assim como uma sensibilização profunda de sentimento de que todos podem cooperar mutuamente na contínua melhoria das condições de vida do planeta.¹³⁰³ O direito, assim, atuaria como um diminuidor de complexidades¹³⁰⁴.

O desenvolvimento global e qualitativo na sociedade de risco constitui um dos grandes desafios contemporâneos, articulando diretrizes sustentáveis para a gestão adequada dos riscos. Mas o direito, nesse campo, não parece estar em consonância com os anseios da universalidade social. Nem em escala mundial, nem em âmbito local¹³⁰⁵.

Não apenas em relação ao dever de manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas notadamente na disciplina da relação entre as

¹³⁰³ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 227.

¹³⁰⁴ “Diante de uma sociedade complexa, o Direito, ao dar respostas às demandas judiciais que diariamente se avolumam em todos os tribunais do País, opera como redutor de complexidades”. Em complemento na nota de rodapé: “A complexidade do sistema quer dizer excesso de possibilidades. Exemplificando: novos direitos que foram reconhecidos às minorias, como a proteção dada à mulher em situação de violência doméstica concedida pela Lei Maria da Penha. Direitos reivindicados pelos movimentos sociais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, da Juventude, da Igualdade Racial, entre outros diplomas legais”. VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. **O Estado de Direito e o Poder Judiciário**: relato de uma migração conceitual. p. 159.

¹³⁰⁵ “É muito difícil defender, atualmente, que as teorias modernas formadoras do direito e do estado são suficientes para o enfrentamento dos desafios dessa nova era que está começando e que torna as sociedades complexas e hipercomplexas”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1342

peçoas. Os obstáculos para o acesso¹³⁰⁶ à Justiça sustentável – tratando da sustentabilidade em todas as suas facetas – se apresentam em múltiplas dimensões e em uma ordem de complexidade peculiar, gerando uma crise decorrente especialmente da ausência de racionalidade jurídica operacionalmente versátil apta ao tratamento adequado dos conflitos envolvendo relações sociais amplas e complexas.¹³⁰⁷

Assim, a crise da Jurisdição encontra em uma de suas origens a maneira de criação do direito, apegada a valores da dogmática jurídica tradicional, preocupada com a legalidade e não com a distribuição de justiça¹³⁰⁸, impossibilitadora de fornecer subsídios para acompanhar as transformações sociais¹³⁰⁹, pois insiste em operacionalizar diante de perspectivas negadoras da complexidade das relações intersubjetivas mesmo diante de uma sociedade pós-moderna emergida em conflitos transindividuais de alta complexidade¹³¹⁰. Além disso, a normatização também não está adaptada suficientemente para contornar os conflitos individual-patrimonialistas, acarretando que grande parcela do ordenamento jurídico esteja em desacordo com a realidade das demandas.¹³¹¹

Em conclusão, “pode-se dizer, em face disso, que o direito que conhecemos lida mal com os problemas da relação entre liberdade e

¹³⁰⁶ “Ao fazer referência à segunda onda ou segundo grande movimento para melhorar o acesso à Justiça, Cappelletti e Garth destacam que este movimento teve como objeto o problema da representação dos direitos difusos que, na concepção tradicional de processo civil, não possuíam espaço para proteção. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”. BODNAR, Zenildo e Paulo Márcio Cruz. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 232.

¹³⁰⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 227.

¹³⁰⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. p. 80.

¹³⁰⁹ Existe uma interação entre transformações institucionais e transformações culturais. Assim, as filosofias jurídica e política são sempre um reflexo e por vezes um fator constitutivo e, por assim dizer, performático das concretas experiências jurídicas em seus respectivos momentos. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 19

¹³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 83.

¹³¹¹ SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)Pensando o acesso à justiça: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016. p. 12/4

responsabilidade que surgem na sociedade pantécnica¹³¹², tornando o direito uma ciência anacrônica sustentada em uma base teórica de métodos, procedimentos¹³¹³, processo, criação e principalmente aplicação não condizentes com a realidade^{1314, 1315}.

Sem embargo, apesar da previsão de diversos direitos positivados, a burocracia estatal vislumbrada na consecução deles é algo em descompasso com qualquer atividade social contemporânea¹³¹⁶, tanto administrativa quanto jurisdicional, o que pode ser observado tanto nas estruturas arcaicas¹³¹⁷, quanto no formalismo da tramitação processual.

Dessa forma, a ausência de racionalidade transcende o direito e atinge também as estruturas do Estado contemporâneo, cuja necessidade de reforma é premente e inequívoca, notadamente ao perceber que a maior parte delas foi forjada tomando por base teorias emergidas antes da invenção da máquina a vapor. E mesmo diante das profundas transformações experimentadas na atualidade, os Estados e o direito insistem em continuar com os padrões teóricos dos séculos XVII, XVIII e XIX, dando voltas em torno do passado. “Não é possível continuar convivendo com essa concepção arcaica de organização estatal concebida a partir

¹³¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 501.

¹³¹³ “Inegavelmente, os códigos de ritos brasileiros não acompanharam a evolução dos conflitos sociais, e ainda preveem procedimentos que não asseguram uma tramitação processual capaz de possibilitar uma resposta judicial precipite”. SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)Pensando o acesso à justiça**: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário. p. 54.

¹³¹⁴ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767>. Acesso em: nov. 19. p. 1335.

¹³¹⁵ TORRES, Jasson Ayres. **Acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

¹³¹⁶ “Não obstante, as relações sociais se complexificaram e, em razão disso, as questões levadas ao conhecimento do Poder Judiciário passaram a ser de conteúdo até então não apreciado, com interesses recém-protégidos pelo direito, para os quais a legislação processual tradicional – negadora da complexidade – ainda não estava preparada, o que impunha uma contenção à atuação dos tribunais”. SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)Pensando o acesso à justiça**: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário. p. 13.

¹³¹⁷ “O Estado não possui meios suficientes para investir na estrutura judiciária e para acompanhar o acréscimo das reivindicações nos órgãos judiciários, o que acarreta descompasso entre o aumento da procura e a real possibilidade de seu atendimento e faz com que as carências estruturais do Judiciário simbolizem um obstáculo ao acesso à justiça”. SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)Pensando o acesso à justiça**: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário. p. 13.

das teorias modernas formativas do Estado".¹³¹⁸

Sem uma teoria contemporânea sobre direito e sobre Estado, especialmente alguma que inove as suas respectivas estruturas, fomentando uma nova concepção notadamente no tocante ao conceito de Jurisdição e a sua forma de exercício enquanto monopólio público, que possa fornecer respostas sociais ágeis e em consonância aos preceitos atuais interligados diante de novos cenários transnacionais, a crise jurisdicional, que se tenta combater há décadas, não será superada.

E isso inclui não apenas a forma de resolução dos conflitos mais comezinhos, mas também uma reestruturação voltada à superação teórica da modernidade liberal, com um novo paradigma de coabitação entre os sistemas, utilizando todo o aperfeiçoando vislumbrado até a atualidade, sem desprezar as inúmeras conquistas evolutivas da modernidade inacabada, mas o impregnando com inovações que possam atualizar o modo de condução da sociedade, a ser desenvolvido em um ambiente político-jurídico sedimentado em princípios de inclusão social, respeito aos direitos humanos, proteção ao meio ambiente e sedimentação das conquistas democráticas¹³¹⁹.¹³²⁰

Sem desgarrar, ainda, por certo, que ao lado da Jurisdição como forma heterocompositiva de solução de conflitos, dentro de um sistema mais amplo, deverá ser acoplada formas autocompositivas, não somente para desafogar as combatidas estruturas, mas também como alternativa para modificação da tradição individualista, egoísta e egocêntrica do litígio, por meio de uma prática discursiva e pedagógica,

¹³¹⁸ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1333-1336.

¹³¹⁹ "A preservação e a recuperação do ambiente e sua utilização racional sugerem a reinvenção da tensão entre direito e liberalismo capitalista, o que poderá gerar a necessária sustentabilidade. Isso para que uma nova concepção de direito possa contribuir para que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo predatório e que um dia se possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo sustentável." BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767>. Acesso em: 11 nov. 19. p. 1345.

¹³²⁰ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1344/5.

desprovida de força coercitiva, lastreada em uma legitimidade gerada pelo próprio processo dialogado que a originou, propiciando o pleno exercício da cidadania¹³²¹. Nesse campo de modificação da base cultural, caberia também ao Estado, por meio do direito e da estrutura jurisdicional disponível, ampliar o acesso à Justiça, em uma visão que ultrapassaria o mero serviço Judiciário para abarcar outras formas de composição dos litígios como um direito difuso sedimentado a partir da terceira dimensão.

Esse conjunto redundaria na formação de uma nova cultura humana na sociedade de risco voltada a um comportamento mais condigno com o desenvolvimento e mais harmônico com as demais formas de vida que habitam o planeta. Mas destacadamente aperfeiçoaria a relação entre humanos, tornando-a mais saudável e menos beligerante, implicando igualmente em uma modificação na forma de utilização da Jurisdição, voltando o exercício dela para a realização positiva de direitos, em um modo muito mais preventivo e modelador da conduta humana do que reparadora do dano, ultrapassando a maneira como atualmente a enxergamos.

5.3 UMA LIMITAÇÃO NATURAL: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

A limitação natural é derivada da dissonância entre a velocidade das transformações sociais e a capacidade de resolução dos conflitos pela lógica ortodoxa estatal, que pode ser traduzida na manutenção de estruturas e procedimentos arcaicos desenvolvidos para o atendimento de uma sociedade pré-moderna e agrária.

Depois de uma enorme trajetória de evolução do ordenamento jurídico, sedimentando após do surgimento do Estado moderno de maneira concentrada no ente público, que também monopolizou a Jurisdição transformando-a em um Poder,

¹³²¹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 31.

observou-se que o Judiciário adentrou ao século XXI como protagonista. Não obstante a separação entre os Poderes do Estado, restou ao Judiciário a importante missão de resguardar a constituição, impondo limites à atuação do Estado e condicionando a vida de toda a sociedade de acordo com os preceitos constitucionais¹³²². Além disso, o Judiciário efetivamente iniciou a conformar as leis por meio do controle de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais passaram a ser o norte civilizatório a ser perseguido.

Foi nessa seara que o Judiciário ganhou autonomia administrativa e financeira para redundar em uma independência e se solidificar como verdadeiro Poder de Estado. Também chegou ao século XXI com a forma democrática de preenchimento das vagas por meio de concurso público disponível aos candidatos que preencherem requisitos técnicos de qualificação, abandonando antigos e antiquados costume no modo de selecionar juízes¹³²³. O ativismo judicial¹³²⁴ emergiu como forma de integração do direito às necessidades sociais, alterando significativamente a forma de sua criação. Os novos direitos, reconhecidos judicialmente no exercício da respectiva salvaguarda de garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados, ampliaram os espaços de cidadania diante do fenômeno de judicialização da vida social¹³²⁵.

É nesse contexto que cumpre à Jurisdição a tarefa de qualificar

¹³²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 26.

¹³²³ “O dispositivo declara abertamente o critério meritório para fins de ingresso nos quadros da Magistratura brasileira de primeira instância. Isso tem um significado duplo: i) não há ingresso por força ou indicação meramente política, suplantando, assim, eventuais práticas espúrias à República, como o ‘apadrinhamento’; ii) a forma eletiva para o exercício de cargos não alcança o Judiciário brasileiro por força da vontade constitucional inequívoca”. TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 223.

¹³²⁴ Os modelos de “Estado de Direito” estão em crise, tanto o Estado legislativo (ou liberal, em sentido débil) quando o Estado constitucional (em sentido forte). Em ambos aspectos a crise se manifesta por várias formas mas especialmente por meio de uma regressão a um direito jurisprudencial pré-moderno, notadamente diante de um colapso da capacidade reguladora legislativa e o retorno do papel criativo da jurisdição, afetando o princípio da legalidade. Esse fato tem sua gênese em dois fatores: a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, obscura e tortuosa, dando lugar às vezes a intrincados enredos e labirintos normativos, desordenada que abre caminho à discricionariedade, com perda de eficiência e garantias. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009. p. 20.

¹³²⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 245.

axiologicamente as ações humanas, não apenas em uma perspectiva intersubjetiva ou comunitária, mas principalmente em uma busca eticamente alargada de longo prazo voltando atenção para as futuras gerações. A hermenêutica judiciária sustentável, assim, sedimenta-se diante de direitos fundamentais construídos a partir de uma justiça efetivada com ponderações mais abrangentes, ancorada constitucionalmente e lastreada em critérios de sensibilidade diante da necessidade de proteção dos bens com ampla proteção planetária, graduando materialmente o seu exercício¹³²⁶. A realização substancial da Justiça transcende o caso concreto para expandir seus reflexos por todo o comportamento humano, incentivando o seu contínuo melhoramento em relação à natureza em uma perspectiva de futuro, e não apenas voltada à resolução dos fatos passados submetidos à resposta jurisdicional, em um enfoque justificante da criação do direito pelo juiz, ocupando espaços¹³²⁷ anteriormente reservados unicamente aos Poderes Executivo e Legislativo¹³²⁸.

Sem embargo, a Jurisdição, além da finalidade jurídico-material de tutela dos direitos fundamentais, assume outras duas feições, a primeira delas social, objetivando a pacificação dos conflitos sociais, e a segunda delas política, resguardando o ordenamento jurídico em geral e permitindo a participação popular na definição dos destinos do Estado por meio das ações judiciais coletivas constitucionais, tornando o Poder Judiciário um verdadeiro *locus* da cidadania inclusiva¹³²⁹.

Na sociedade contemporânea a luta pelo crescimento da dignidade humana é permanente. Com isso, a normatização jurídica imposta à Jurisdição com o objetivo de se adaptar social e culturalmente aos novos preceitos vai surgindo e, por consequência, alimentando a evolução dos direitos fundamentais, que não

¹³²⁶ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1347.

¹³²⁷ “[...] *el desplazamiento de los centros de decisión política a los aparatos burocráticos*”. ANDRES IBÁÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 18.

¹³²⁸ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1348.

¹³²⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 252.

estacionou com aqueles verificados na abertura da terceira “geração”.¹³³⁰

Histórica e socialmente, o fenômeno da multiplicação dos direitos fundamentais – em sentido amplo – ocorreu concomitantemente de três maneiras distintas. Principiou com a quantidade de direitos tutelados, seguiu com a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem, e finalmente porque o próprio homem deixou de ser considerado genérica e abstratamente para ser visto em sua individualidade e especificidade concreta¹³³¹. Mas os desafios da sociedade contemporânea impuseram ao homem um avanço maior do que estes sedimentados para o resguardo de direitos e minimização de riscos sociais ao se deparar com situações até então não identificadas.

É natural, por isso, que sejam acrescidos à Declaração de Direitos, juntamente com os tradicionais, outros mais vanguardistas, seja pela nova concepção com que os anteriores são conjugados, seja pelo surgimento de outros decorrentes de novas tecnologias, como mapeamento de genoma humano, gerenciamento de crise ambiental derivada do aquecimento global e combate ao terrorismo, que trazem novas reivindicações incorporadas à agenda política da comunidade.¹³³²

Em sua classificação, alguns doutrinadores ultrapassam as três dimensões¹³³³ do direito, acrescentando a elas uma quarta dimensão, consistente na solidariedade, resultante da globalização dos direitos fundamentais¹³³⁴, como o

¹³³⁰ “Daí se falar em novas gerações, além daquelas três imaginadas por Karel Vasak. Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética)”. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 52.

¹³³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Título original: *L'età dei Diritti*. p. 63.

¹³³² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. p. 52.

¹³³³ “Destaque-se que Vasak não chegou a se referir às demais gerações de direitos humanos hoje conhecidas. Tal se deveu especialmente pelo fato de que questões atinentes, v.g., ao acesso à informação e ao pluralismo não apareciam, até aquele momento histórico, no centro dos grandes debates doutrinários, muito menos jurisprudenciais, o que só começou a ocorrer no final dos anos 1990”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p. 51.

¹³³⁴ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 297.

direito à democracia direta, o direito à informação e o direito ao pluralismo¹³³⁵, das quais a sociedade do futuro estaria dependente para a consecução dos seus objetivos, ou até mesmo de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, pautada pela esperança e fundada na concepção da paz inserida na normatividade jurídica¹³³⁶. Em outro norte, há quem sustente que todas essas neonatas dimensões derivam da terceira, tendo em vista que os direitos fundamentais de solidariedade não são taxativos e nem exaustivos¹³³⁷, ou que esses novos direitos não encontrariam respaldo normativo interna ou internacionalmente¹³³⁸.

Nesse diapasão, a luta pelo acesso à justiça ambiental – *lato sensu* – será possivelmente tão ou mais importante do que a luta por garantir direitos de propriedade conquistados nos séculos anteriores¹³³⁹. Nas esferas tradicionais, a colisão de direitos fundamentais exigirá do juiz uma atitude mais dinâmica para o amoldamento da Jurisdição com a realidade. Nessa era da informação, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e comunicação confronta com o direito à privacidade de uma maneira diferente¹³⁴⁰, como são os casos do direito ao esquecimento¹³⁴¹ e do direito à desindexação¹³⁴² da informação¹³⁴³.

¹³³⁵ “*Nuestra sociedade se caracteriza por conta com um llamativo grado de pluralismo en cuanto a valores y actitudes básicas. Raravez se producen coincidências massivas o confluencias claras em opiniones y valoraciones: lo usual, por el contrario, es la fragmentación y dispersión de las mismas*”. TOHARIA CORTÉS, José Juan; CRUZ HERRERO, Juan José García de la. **La Justicia ante el espejo**: 25 años de estudios de opinión del CGPJ. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. p. 13.

¹³³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523/5.

¹³³⁷ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. p. 67.

¹³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 53.

¹³³⁹ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática: la Carrera hacia una conciencia global em um mundo en crisis**. Trad. De Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. p. 533.

¹³⁴⁰ Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. [...] Art. 9º. Tratamento de dados pessoais e liberdade de expressão. Os Estados-membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efectuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão. CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **DIRECTIVA 95/46/CE**, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=en>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁴¹ “O direito ao esquecimento, tradução da expressão ‘*right to be forgotten*’, também lembrado pela expressão ‘*right to be let alone*’, tem origem no estudo da tutela da privacidade, entretanto, em razão de sua importância e abrangência, foi reconhecido por si só direito da personalidade”. SILVESTRE, Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. **O Papel do Google na Eficácia do Direito**

Uma situação emblemática sobre essa confrontação de direitos fundamentais foi a enfrentada, por tratar de interpretação sobre diretiva europeia, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *González vs. Google Spain*, em que se sedimentou a responsabilidade da empresa, enquanto operadora da ferramenta de busca feita por usuários do serviço, em suprimir, pela desindexação, dados particulares em homenagem à preservação da intimidade¹³⁴⁴. A jurisprudência brasileira, a partir do caso *Xuxa Meneguel vs. Google search*¹³⁴⁵, restou sedimentada em sentido oposto, não obstante em alguns casos, inclusive com relação ao armazenamento de informação por órgão de imprensa, ter reconhecido essa nova realidade de uma maneira semelhante ao que aconteceu na Europa¹³⁴⁶ -

ao Esquecimento - Análise Comparativa Entre Brasil e Europa. Revista de Direito Privado, 2016, RDPRIV VOL. 70 (OUTUBRO 2016). DIREITO DE PERSONALIDADE. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.05.PDF. Acesso em: 3 nov. 19.

¹³⁴² Artigo 6º. Dados de tráfego. 1. Sem prejuízo do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do presente artigo e no n.o 1 do artigo 15.o, os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação. CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **DIRECTIVA 2002/58/CE**, de 12 de Julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>. Acesso em: 3 nov. 19.

¹³⁴³ 22. A proibição de armazenamento das comunicações e dos dados de tráfego a elas relativos por terceiros que não os utilizadores ou sem o seu consentimento não tem por objectivo proibir qualquer armazenamento automático, intermédio e transitório de informações, desde que esse armazenamento se efectue com o propósito exclusivo de realizar a transmissão através da rede de comunicação electrónica e desde que as informações não sejam armazenadas por um período de tempo superior ao necessário para a transmissão e para fins de gestão de tráfego e que durante o período de armazenamento se encontre garantida a confidencialidade das informações. Sempre que tal se torne necessário para tornar mais eficiente o reenvio de informações acessíveis publicamente a outros destinatários do serviço, a seu pedido, a presente directiva não deve impedir que as informações em causa possam continuar armazenadas, desde que as mesmas sejam, de qualquer modo, acessíveis ao público sem restrições e na condição de serem eliminados os dados relativos aos assinantes ou utilizadores que o solicitem. Disponível em: CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **DIRECTIVA 2002/58/CE**, de 12 de Julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).

¹³⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Caso González vs. Google Spain**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.316.921. Maria da Graça Xuxa Meneguel vs. Google Brasil Internet LTDA**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁴⁶ OLIVA, Afonso Carvalho de; CRUZ, Marco A. R. Cunha. **Um estudo do caso Xuxa vs. Google search (REsp 1.316.921)**: O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça.

é um tema palpitante que ainda encontra divergências jurisprudenciais no atual ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível afirmar que se trata de uma posição definitiva sobre a interpretação e aplicação desse tema jurídico, como ocorre naturalmente diante do dinamismo do direito, que acompanha a própria mutação constante da sociedade do século XXI.

Por meio desses novos direitos concebidos em novas dimensões, ou em derivação das anteriores, surge com a Jurisdição o compromisso, que não se restringe ao âmbito das liberdades, de equacionar a igualdade formal entre os indivíduos, o que, diante da complexidade vislumbrada em uma sociedade de risco na pós-modernidade líquida, exige o aporte de outros ramos do conhecimento para bem compreender os problemas e para gerir o presente de uma maneira em que os reflexos futuros se solidifiquem de modo sustentável, contornando comportamentos com capacidade de alterar o entorno e as novas situações de ameaça de colapso sistêmico e sinérgico¹³⁴⁷, obrigando “o jurista a ter os olhos abertos para uma complexidade muito superior à mera complexidade normativa estatal”.¹³⁴⁸

Ao lado desses desafios pautados pela evolução da sociedade, novas dimensões do direito, alterações do perfil do juiz e do próprio Poder Judiciário, observou-se, contudo, na prática, um enorme hiato entre a velocidade de movimentação das relações sociais e a resolução dos conflitos dela gerados submetidos à Jurisdição monopolizada pelo Estado, ocasionando uma grande crise, em escala mundial¹³⁴⁹. Ela é decorrente especialmente de uma ausência estrutural e

Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/298065154/Um-Estudo-Do-Caso-Xuxa-vs-Google-Search>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁴⁷ “Nesse agir comunicacional reflexo, e também considerando a dinâmica dos fatos e a velocidade dos acontecimentos, haverá provavelmente uma defasagem contínua da norma idealizada quer seja pelo legislador ou pelo julgador. Nesse contexto, incumbe ao Direito e, por consequência a jurisdição, a tarefa de qualificar axiologicamente o agir humano não apenas na perspectiva do comportamento responsável intersubjetivo e comunitário, mas também enquanto um compromisso ético alargado, exercido a longo prazo, tanto em benefício e atenção das futuras gerações como também de toda a comunidade de vida”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 432-446.

¹³⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. p. 499.

¹³⁴⁹ “Além do mais, assistimos actualmente à convergência de dois fenómenos que se reforçam mutuamente: por um lado, o processo de judicialização interna que se desenrolou nos anos de 1990 em vários pontos do mundo democrático e, por outro, o processo de supranacionalização do direito”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do

de uma falta de racionalidade jurídica constituída em uma especial hermenêutica operacionalmente versátil para a solução adequada dos conflitos derivados das relações amplas e complexas, que envolvem além do ser humano enquanto indivíduo toda a comunidade de vida e as futuras gerações¹³⁵⁰. As estruturas estatais passaram a ser cada vez mais retrógradas e incapazes de dar à sociedade respostas minimamente efetivas, pois o “tempo” da sociedade não é o mesmo “tempo” do Estado^{1351, 1352}.

Nem mesmo a qualificação axiológica preceituada pelo juiz no exercício da Jurisdição tem sido suficiente para ajustar o ordenamento jurídico às necessidades sociais. O positivismo e a legalidade ainda impõem limites intransponíveis ao exercício da Jurisdição, por vezes com reflexos em ambientes não alcançáveis pelo juiz, fora dos autos, como a própria estruturação estatal disponível para a consecução da atividade monopolizada pelo Estado – para o cumprimento e a execução de uma sentença, por exemplo.

A necessária reflexão para a tomada da decisão jurídica e a observância do devido processo legal, que possuem tempo próprio para se desenvolver e amadurecer dentro de uma demanda judicial, sempre foram características da prestação jurisdicional no Estado constitucional. Porém, em suas anteriores etapas, liberal, social e até mesmo em grande parte do período democrático atual, a complexidade da sociedade era infinitamente inferior ao vislumbrado especialmente a partir do final do século XIX, quando então, de modo universalizado, constatou-se que não era apenas o Legislativo que estava impossibilitado de acompanhar a

direito. p. 106.

¹³⁵⁰ BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 228.

¹³⁵¹ “Com isso, o ‘tempo’ do direito e do estado faz com que suas estruturas se tornem cada vez mais anacrônicas e, por isso, incapazes de dar respostas minimamente eficientes às sociedades globalizadas conectadas. É nesse ambiente que surgiu, na última década do século XX, o que se convencionou chamar de ativismo judicial, o qual começou a transformar o processo de produção do direito, tradicionalmente realizado a partir dos parlamentos, tendo a lei como fonte primária”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1342.

¹³⁵² Em linhas gerais, a expressão “lógica ortodoxa estatal”, contida no título do presente tópico, pode ser traduzida na manutenção de estruturas precárias e ultrapassadas no arcabouço estrutural do Estado, conforme delineado nesse parágrafo.

evolução humana na velocidade necessária¹³⁵³, mas o próprio Judiciário, enquanto Poder de destaque, também não mais conseguia, mesmo diante da utilização de recursos argumentativos como a hermenêutica.

Por isso, a duração razoável do processo passou a ser uma preocupação ao redor do planeta, praticamente de maneira uniforme, como forma de resguardar a gama de diversos direitos distribuídos nas diferentes dimensões, garantindo também a democratização de acesso à justiça – em tempo hábil –, conduzindo os processos de modo a integrar os novos problemas que afligem a sociedade em compreensão com os que estão à margem de uma cidadania inclusiva.¹³⁵⁴

No Brasil não foi diferente. Pouco tempo depois da promulgação da Constituição da República em 1988, mais especificamente no ano de 1992¹³⁵⁵, teve início dentro do parlamento nacional um debate sobre o modo em que a Jurisdição estatal estava sendo prestada e a sua relação com a reforma do Poder Judiciário, destacadamente no tocante à morosidade da justiça¹³⁵⁶. A discussão pautou a crise jurisdicional que “assolava” o País¹³⁵⁷, buscando-se inovações que pudessem

¹³⁵³ “Por isso, as queixas vão se somando, estratificando-se dia a dia. Os advogados clamam, os Juízes queixam-se de que não são computadores que tudo resolvem com um cartão furado. Todos reconhecem, à unanimidade, que o serviço forense não é mais um regato manso e, sim, um caudal. Uma avalanche, ou um simum, ou um alude, que não empolga, mas que avassala a todos, concorrendo, no seu crescimento geométrico, para o anquilosamento de tudo nessa máquina de rodas quadradas. Celeridade processual, como?!” GRANDA, Murilo *et al.* **Maçonaria Brasileira Atual. Sua colaboração: Anais da 1ª Convenção Nacional do Rito Brasileiro. Diagnóstico do Poder Judiciário**. Sem dados sobre edição. p. 176.

¹³⁵⁴ TORRES, Jasson Ayres. **Acesso à justiça e soluções alternativas**. p. 38.

¹³⁵⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Emenda Constitucional nº 96/1992**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=3A0037FFD8C3C28C4ACF188BC8EA6A49.proposicoesWeb2?idProposicao=14373&subst=0. Acesso em: 18 mai. 2015.

¹³⁵⁶ Anseio antigo da sociedade, como se depreende do apelo registrado no ano de 1974, era a reestruturação do Poder Judiciário, para notadamente para o tornar independente e moderno; ainda não se enxergava a morosidade judicial como um problema. “Não há, na verdade, nada de mais necessário, nada mais urgente, nada mais sonhado do que essa anunciada reforma do Poder Judiciário”. GRANDA, Murilo *et al.* **Maçonaria Brasileira Atual. Sua colaboração: Anais da 1ª Convenção Nacional do Rito Brasileiro. Diagnóstico do Poder Judiciário**. p. 145.

¹³⁵⁷ “Como acontece em muitos outros países, inclusive em alguns exportadores de teorias e modelos jurídicos, o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário. Na realidade, os três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem a sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas, afinal, por causa deles, o povo, injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada

reestruturar o Poder responsável pela resolução dos conflitos sociais e combater o oferecimento da tutela tardia¹³⁵⁸.

Após mais de uma década de tramitação e aperfeiçoamento, o debate parlamentar sobre a modernização da Jurisdição estatal redundou na edição e promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004¹³⁵⁹, que disciplinou a chamada “modernização do sistema de justiça”, preocupando-se, destacadamente, com a morosidade da atividade jurisdicional. As principais medidas tomadas foram: a vedação de interrupção da atividade jurisdicional em razão de férias coletivas dos magistrados; a imposição do número de juízes proporcionalmente à efetiva demanda judicial e a respectiva população, tendo em vista ser a relação no Brasil de apenas um juiz para cada 25.000 habitantes, porquanto, comparativamente e de modo exemplificativo, na Espanha, há um juiz para 8.000 habitantes e na Alemanha um para 4.000; a imediata distribuição dos processos e a delegação da prática de atos de administração e de atos de mero expediente, sem caráter decisório, para servidores do juízo¹³⁶⁰.

Não obstante a indicação dessas medidas – em sua maioria não adotadas efetivamente, fazendo aumentar o descrédito na Jurisdição –, a medular inovação constitucional foi inserir no precioso campo dos direitos fundamentais a razoável duração do processo, destacando, no inciso LXXVIII do artigo 5º, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

setor das atividades públicas, personagens desse tipo têm atuado no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. p. 81.

¹³⁵⁸ “A timidez com que o governo brasileiro vem atendendo à necessidade de modernização do nosso aparelho judiciário tem sido, sem dúvida, a causa da crise avassaladora em que há muitos se esbate a nossa Justiça. Quase sempre tardia, deixa que essa se embarace na inabilidade e incompetência das partes, e sofre hoje, mais do que nunca, o impacto arbitrário do Poder, representados por seus órgãos de segurança, que não vacilam em usar da prepotência, negligenciando conscientemente todo o elenco dos direitos humanos. Desprovidos de garantias, são poucos, muito poucos os que não cruzam os braços, à espera que acabe à avalanche”. CONGRESSO NACIONAL. **Diário do Congresso Nacional**, sexta-feira, 1º de maio de 1992, p. 7850. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹³⁵⁹ CONGRESSO NACIONAL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 07 jul. 2020.

¹³⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 592/3.

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹³⁶¹.¹³⁶² O princípio constitucional objetivou lançar seus reflexos nos processos judiciais e administrativos, para que a tomada de decisão jurídica em sociedade fosse efetivada com rapidez, presteza e agilidade, sem tecnicismos exagerados ou demora injustificada, buscando a solução dos conflitos em curto prazo¹³⁶³.¹³⁶⁴ Afinal, sem a celeridade necessária, a justiça tardia se converteria em injustiça, o que seria equivalente a uma denegação da própria justiça¹³⁶⁵ - justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada¹³⁶⁶.

Apesar de ter sido elevada a direito fundamental, e se constituir em normatização de aplicabilidade imediata, a razoável duração do processo, preceito tão importante para dar vida ao direito como um todo¹³⁶⁷, não tem passado de uma

¹³⁶¹ CONGRESSO NACIONAL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: nov. 2019.

¹³⁶² “Assim, visando garantir a defesa dos direitos do cidadão, faz-se mister que a tutela pretendida não se delongue no tempo, nem se perca com burocracias procedimentais. A tutela jurisdicional há de ser pronta e eficaz, para que seja justa. Também porque dela depende a efetivação de todos os demais direitos. A obrigatoriedade da prestação jurisdicional em um prazo razoável é, hoje, direito positivado que não pode continuar sendo negado. Está expresso no inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁶⁴ Entretanto, o cumprimento efetivo dos prazos pressupõe uma reestruturação do sistema processual e o adequado aparelhamento humano e material do Poder Judiciário. Sem isso, permanecerá apenas como uma mera promessa formal, como tantas outras” RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 120.

¹³⁶³ “Embora a *razoável duração do processo* e a *celeridade processual* já estejam embutidas na cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), e no princípio da eficiência (art. 37, *caput*), o constituinte seguiu a tendência mundial de consagrar, explicitamente, os reclamos por uma Justiça rápida, ágil, objetiva transparente e de qualidade”. BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1244.

¹³⁶⁴ . BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1242.

¹³⁶⁵ “A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada. Nesse sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, de matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva ‘resposta’ plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis do processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas ‘matérias ou questões de facto’, não se devendo configurar como um ‘tribunal de revista’ limitado à apreciação das ‘questões’ e ‘vícios de direito’. Além disso, ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado – ‘a injustiça tardia equivale a uma denegação de justiça’”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 486/7.

¹³⁶⁶ BARBOSA, Rui. **Oração dos moços**. Rio de Janeiro: Simões. p. 70/1.

¹³⁶⁷ “O acesso ao judiciário é providencial para que direito à justiça seja resguardado. É necessária, enfim, que tal acesso seja instrumento capaz de atender ao exercício pleno da cidadania, o que se torna inconciliável com a morosidade para a prestação da tutela jurisdicional. Diante disso, o Poder Judiciário mostra-se vulnerável por não atingir a estabilidade e a agilidade que lhe deviam ser

simples declaração formal constitucional sem o condão de transformação da realidade social¹³⁶⁸, prevista quase de maneira utópica nos mais variados ordenamentos jurídicos¹³⁶⁹. Pois, para que a normatização ganhe vida nos tribunais e em sociedade, ela precisa estar em consonância com todo o sistema jurisdicional, mas sem uma legislação atualizada e um aparato estatal adequado isso não será viável¹³⁷⁰.

Não só o ordenamento jurídico, mas o arcabouço estrutural estatal como um todo também está em dissonância com as necessidades sociais da atualidade. O Estado não mais consegue se impor frente a outros núcleos de Poder, especialmente diante do colapso de um de seus principais instrumentos consistente na Jurisdição. Juntamente com o nascimento do Estado moderno, ainda no final da idade média, o Estado absolutista concentrou em suas mãos a capacidade de elaborar o ordenamento jurídico e dirimir seus conflitos sociais de modo exclusivo,

inerentes, e, conseqüentemente, padece de uma ilegitimidade advinda da descrença popular, surgida, em geral, por ele não ser eficaz na sua função peculiar de distribuir a Justiça". SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Manoele, 2005. p. 114.

¹³⁶⁸ "Aqui interessa o processo judicial, que é o resultado do exercício do direito de acesso à Justiça previsto no inc. XXXV, de que já falamos supra. De fato, o acesso à Justiça por si só já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize com declarado". SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 432/3

¹³⁶⁹ Ainda que a visão do Estado constitucional sustente que a constituição deve ser concebida como uma norma aplicável imediatamente ("*aquí y ahora*"), e não como uma recomendação socialmente dirigida a regular um futuro que pode nunca se fazer presente, há que considerar que os textos constitucionais contêm, em alguma medida, pretensões que no momento de entrar em vigor podem ser consideradas utópicas. O caráter normativo da constituição não supõe negar que o poder constituinte quis inserir no texto da norma suprema suas aspirações para o país, a forma que deveria ter a sociedade desde o seu ponto de vista. CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análise**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2010. p. 163.

¹³⁷⁰ "O dispositivo foi lançado entre os direitos e garantias fundamentais exatamente para conferir aos Poderes da República Federativa, a todos indistintamente, seja de que esfera for, União, Estado-membro, Distrito Federal ou Município, a responsabilidade de atender, com os meios e recursos disponíveis, isolada ou em regime de cooperação, a mais essa exigência de cidadania, de receber a resposta aos seus questionamentos, administrativos ou judiciais, a tempo de usufruí-la. Constitui o atendimento desse comando constitucional, ainda, um meio de prevenir e evitar litígios, muito dos quais nascidos da omissão dos demais administradores públicos, do Legislativo ou do Executivo que, provocados em processos administrativos regulares, não decidem, aguardam seja acionada a jurisdição, e daí para frente permanecem inertes atribuindo à própria justiça a causa de sua inação, contribuindo negativamente para a imagem e para manter em crise permanente o sistema de justiça, que não consegue se desvencilhar da sobrecarga de trabalho". ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz. **Governo Judiciário**. p. 113.

sem mais permitir a vindicta privada como modo de alcançar a sua soberania. Desde aquela época o conceito de Jurisdição, e a forma de exercício, salvo pontuais alterações, têm sido praticamente os mesmos. Os reflexos ocasionados diante de tantas transformações sociais e a estagnação da máquina pública tornaram uma das principais atividades estatais insustentável. Os ponteiros dos relógios da sociedade e do Estado giram em velocidades diferentes¹³⁷¹.

Não há dúvida acerca da sua utilidade enquanto valor constitucional, trazendo, como consequência e derivação disso, respeito ao direito no Estado constitucional democrático, especialmente diante do princípio da integridade que “exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade¹³⁷²”.

Mas a razoável duração do processo não passa de uma quimera. Apesar de bastante positivo para a feição jurídica estatal, cuida-se de princípio constitucional lançado ao ordenamento jurídico para não ser cumprido em sua plenitude, o que não é nenhuma novidade nos Estados contemporâneos, especialmente nesse País¹³⁷³, “onde se verifica constituições em que se confundem soluções jurídicas com soluções sociológicas, por exemplo¹³⁷⁴”, além de letras mortas nos textos jurídicos¹³⁷⁵ e de imiscuidade entre o público e o privado¹³⁷⁶.

¹³⁷¹ “Alo de eso es, problamenente, lo que le passa a nuestra Justicia: tiene la capacidade y cilidrande de um sencillo ‘seiscientos’ y como tal funciona bien, incluso muy por encima de las prestaciones em principio esperables. Pero ocorre que nuestra sociedade actual precisa más bien de uma Justicia com motor de Porsche”. TOHARIA CORTÉS, José Juan; CRUZ HERRERO, Juan José García de la. *La Justicia ante el espejo*: 25 años de estudios de opinión del CGPJ. p. 4.

¹³⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Título original: *Law's empire*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. p. 266.

¹³⁷³ “O excesso de trabalho que asoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, da desejável celeridade processual”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 100.299**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-2-2010, Primeira Turma, DJE de 5-3-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609015>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹³⁷⁴ FREYRE, Gilberto. *Sociologia: introdução ao estudo dos seus princípios*. São Paulo: É Realizações, 2009. p. 223.

¹³⁷⁵ “A Constituição Federal enumera vários direitos e garantias à população, os quais, se cumpridos, proporcionariam uma vida melhor a todos. No entanto as garantias jurídicas dadas pela dogmática permanecem mortas nos textos legais, encarregados de escamotear a justiça social, pois apenas

O problema, então, passa a ser não a existência do valor, princípio ou direito constitucional à uma tutela jurisdicional célere, mas sim a maneira de sua inserção no ordenamento jurídico de forma dissociada de outras ferramentas que o façam funcionar¹³⁷⁷, sendo impossível exigir de juízes, isoladamente, que atendam ao comando constitucional da celeridade processual sem que possuam condições para tanto, inexistindo “lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo injustificável diante das circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional¹³⁷⁸”. Em realidade, “o direito à tutela jurisdicional efetiva requer que os olhos sejam postos não apenas no direito material, mas também na realidade social¹³⁷⁹”.¹³⁸⁰

Nessa esfera, resta impossível cumprir tão importante comando

permitem a sua previsão, nunca a efetivação”. ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e Poder Judiciário**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 29.

¹³⁷⁶ “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. [...] As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 145/6 – 182.

¹³⁷⁷ “Por mais completa que uma Constituição seja, por mais garantidora das liberdades e dos direitos fundamentais, organizadora do Estado e de seus órgãos, da formação harmônica de seus poderes, ou seja, por mais que evidente que possa parecer a Vontade da Constituição, ela sempre encontrará limites naquele que é a sua razão de ser: o homem, que detém a vontade de Constituição (ou seria falta de vontade?), e, portanto, a força para tirá-la do papel sem deturpá-la”. TAVARES, André *et al.* **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 805.

¹³⁷⁸ MARINONI, Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**, sem paginação.

¹³⁷⁹ MARINONI, Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**, sem paginação.

¹³⁸⁰ “O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário afirmar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplicá-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro não deixando, contudo, por outro lado, de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 28.

processual sem que se verifiquem outros prejuízos sociais, em especial no tocante à queda de qualidade dos serviços judiciários, pois “o acúmulo constante de serviço tende a diminuir em considerável proporção a qualidade e o acerto dos pronunciamentos judiciais¹³⁸¹”. E a maior e mais grave consequência disso será que, em curto prazo, restará cristalina a ausência de qualificação no exercício da Jurisdição heterocompositiva estatal desenvolvida sob influência fordista¹³⁸², ocasionando, por decorrência lógica, a perda da legitimidade¹³⁸³ das decisões judiciais¹³⁸⁴, que se sustentam em sociedade por meio da correta argumentação jurídica aplicada ao caso concreto, acabando por substituir a racionalidade jurídica por uma racionalidade política¹³⁸⁵ pragmática impulsionadora de movimentação

¹³⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 111.

¹³⁸² Fordismo: modelo de produção em massa, ligado aos sistemas de linha de produção industrial, criado no ano de 1914 por Henry Ford.

¹³⁸³ “A legitimidade dos juízes, dos integrantes da carreira do Ministério Público e dos membros dos Tribunais de Contas, não está assentada em sua origem popular, em seu caráter representativo. O seu recrutamento, de qualquer forma, foi ditado pelo povo, porque assim indicado pela Constituição que mandou elaborar. A forma de ingresso constitucional, legal, concursal e burocrático desses agentes não lhes despoja da legitimidade democrática que se orienta, basicamente, na obediência às leis emanadas da vontade popular e no grau de aceitação do próprio povo de suas decisões judiciais ou administrativas”. ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz. **Governo Judiciário**. p. 75.

¹³⁸⁴ “Sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar na defesa dos direitos fundamentais, expõe Luigi Ferrajoli, em artigo intitulado ‘O direito como sistema de garantias’: É nesta sujeição do juiz a constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endrois: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos ‘democracia substancial’”. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 101/2.

¹³⁸⁵ “[...] essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a

processual a qualquer custo e em observância às metas inalcançáveis de produtividade¹³⁸⁶.

Há, dessa maneira, evidente descompasso entre o desejo e o alcance da normatização constitucional, em igual patamar existente entre a velocidade das transformações sociais e a possibilidade estatal de acompanhar as exigências da cidadania por intermédio da utilização das estruturas públicas decadentes existentes para prestação do serviço jurisdicional à população¹³⁸⁷.

5.4 UM CONSECTÁRIO LÓGICO: ESTATÍSTICA JURISDICIONAL

O consectário lógico expõe a insustentabilidade da Jurisdição estatal heterocompositiva monopolizada verificada sob o prisma da estatística.¹³⁸⁸

substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política. GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

¹³⁸⁶ “[...] de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), **se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza**. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (‘universalização da Justiça’, também se diz)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 94.000**, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-6-2008, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹³⁸⁷ “[...] *se produce una contradicción fundamental ‘entre la proyección de la omnimoda jurisdicción del Estado en el seno de la sociedad y la posibilidad de que coherentemente el apartado judicial deba servir de cierre de todo el sistema jurídico’*. Contradicción que encontraría salida por la vía de hacer prestar a la justicia ‘el servicio se su propia ineficacia, de la necesidad estructural de que la justicia funcione, dentro de determinados límites de tolerancia, lo suficientemente mal como para que no ocupe espacios políticos y sociales en que iría en contra de las íntimas necesidades del sistema’”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 17.

¹³⁸⁸ A narrativa abaixo foi exposta anteriormente na dissertação de mestrado do autor. A redação lá existente foi transposta para a presente pesquisa, com ligeiras alterações e atualização de dados estatísticos, tendo em vista que se trata de mera análise de dados dispostos em relatório do CNJ. Narrativa que segue inspirada em: FARAH, Paulo Eduardo Huergo. **ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA E DA UNIÃO EUROPEIA**. Dissertação de mestrado. UNIVALI.

Um estudo¹³⁸⁹ comparativo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ sobre recursos, litigiosidade e produtividade na prestação jurisdicional no contexto internacional analisou a realidade de diversos países dotados de características muito diferentes entre si, com históricos de formação dos respectivos Judiciários extremamente singulares, diversificados em estilo, objetivo e função perante cada sociedade, mas com um ponto em comum, consistente na necessidade de realização de reformas para melhor prestação de seus serviços.¹³⁹⁰

Os Estados avaliados entabularam reformas principiadas com as alterações propostas pelo “Consenso de Washington¹³⁹¹”, que culminaram na elaboração de documentos realizados por organismos internacionais, dentre eles o Fundo Monetário Internacional¹³⁹² e o Banco Mundial¹³⁹³, com o objetivo de

¹³⁸⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁹⁰ O estudo do CNJ foi realizado no ano de 2011. Não obstante o tempo decorrido, os dados ainda podem ser considerados atuais para a finalidade da presente investigação, tendo em vista que a crise da Jurisdição é tema recorrente ao Estado contemporâneo, não encontrando limitações temporais nas últimas décadas.

¹³⁹¹ “Mais especificamente, o ‘Consenso de Washington’ visava reforçar a liberalização econômica e adaptar o domínio público (local, nacional e global) às instituições e processos dominados pelos mercados. Nessa conjuntura, o Estado se encontrará de certo modo formatado sob a restrição das recomendações estabelecidas por instituições internacionais como o FMI e o Banco Mundial, que irão incorporar esta abordagem da governança em nível global. Em outras palavras, as principais entidades de governança mundial foram os principais agentes de pressões externas sobre o Estado ... em favor do recuo deste e consequentemente do deslocamento de ‘governo’ para ‘governança’. [...] Por outro lado o ‘Consenso de Seul’ é, de sua parte, hoje explicitamente produzido e assumido pelos Estados membros do G20. Entretanto, a Declaração de Seul mantém, como uma característica da perspectiva anterior, a intervenção de diferentes tipos de atores (públicos e privados) no processo”. VERCAUTEREN, Pierre. **Do “Consenso de Washington” ao “Consenso de Seul”**: Qual o papel do Estado na governança? p. 55 e 67.

¹³⁹² “O Fundo Monetário Internacional (FMI) é uma agência especializada das Nações Unidas que foi concebida na conferência de Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, em julho de 1944. O FMI trabalha para promover a cooperação monetária global, garantir a estabilidade financeira, facilitar o comércio internacional, promover o alto nível de emprego e o crescimento econômico sustentável e reduzir a pobreza em todo o mundo”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fundo Monetário Internacional - FMI**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁹³ “O Grupo Banco Mundial, uma agência especializada independente do Sistema das Nações Unidas, é a maior fonte global de assistência para o desenvolvimento, proporcionando cerca de US\$ 60 bilhões anuais em empréstimos e doações aos 187 países-membros. O Banco (Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD) atua como uma cooperativa de países, que disponibiliza seus recursos financeiros, o seu pessoal altamente treinado e a sua ampla base de conhecimentos para apoiar os esforços das nações em desenvolvimento para atingir um crescimento duradouro, sustentável e equitativo. O objetivo principal é a redução da pobreza e das desigualdades”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Banco Mundial**. Disponível em:

desenvolver estruturas e mecanismos capazes de solucionar os conflitos típicos de sociedades globalizadas, preocupados com a crescente interdependência entre as nações e para ensejar uma fortificação da segurança jurídica e confiabilidade nos Poderes Judiciários nacionais, notadamente a partir da crise vivenciada pelo Estado de bem-estar social e o processo de crescimento econômico de países em desenvolvimento e emergentes que ensejaram uma atuação crescente do Judiciário na resolução dos conflitos e na distribuição e fiscalização de políticas públicas – no caso do Judiciário brasileiro, a reforma teve seu início com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004¹³⁹⁴.

O estudo do CNJ foi dividido em três partes. Na primeira delas foram confrontadas as informações sobre recursos materiais e humanos do sistema de justiça, nele incluídos dados sobre a relação entre juízes, advogados, e o número de habitantes, assim como comparações sobre orçamentos destinados ao Judiciário em cada um dos países analisados. Na segunda foram avaliadas a litigiosidade a partir da carga de trabalho referente ao número de processos distribuídos a cada juiz, a taxa de congestionamento dos julgamentos e a produtividade jurisdicional, e na última parte foi realizado um comparativo por meio do tratamento dos dados obtidos nas sessões anteriores.

Observa-se, pelo estudo registrado na primeira parte e resultante dos relatórios internacionais que a quantidade de juízes deve ser proporcional à demanda processual do país e adequada ao número de habitantes. A deficiência em qualquer um desses dois parâmetros comparativos gera acúmulo de processos sem julgamento e, em regra, é determinante para o agravamento da taxa de congestionamento de demandas submetidas ao Judiciário que aguardam julgamento.

Com relação ao número de juízes por habitantes, o Brasil tem 8,3 para

<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>. Acesso em: 1 nov. 19.

¹³⁹⁴ CONGRESSO NACIONAL. **Emenda constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 1 nov. 19.

cada 100.000, 57% abaixo da média europeia, que é de 14,1. Encabeçando a lista aparece Mônaco, com 64,3, seguido de São Marino, com 60,8 e Eslovênia, com 53,5. Do meio para o final da lista, aparecem Portugal, detendo 18, e Espanha, com 10,1. Se fosse europeu, o Brasil seria o oitavo país a ter menos juízes por número de habitantes com esses parâmetros, mas está na média dos países latino americanos.

Para além da avaliação interna, a relação entre o número de advogados diante do número de juízes correlacionados a cada 100.000 habitantes pode exercer forte influência para a demanda do Poder Judiciário. Nesse campo, apesar da irregularidade na divisão entre os Estados, não havendo como fixar um perfil para cada região do globo, no continente europeu a média de advogados para cada 100.000 habitantes é de 168, enquanto nos países do continente americano é de 327. O Brasil possui 330,04, ocupando a proporção mais elevada do quadro demonstrativo, superando em cerca de duas vezes a média europeia – estaria em quinto lugar dentre os quarenta e dois países avaliados, e em terceiro lugar entre os países da América Latina e Estados Unidos.

Nesse contexto, observa-se que a diferença entre a quantidade de juízes e advogados é significativa. Enquanto o Brasil possui 8,3 juízes para cada 100.000 habitantes, o número de advogados é de 330,4. Nessa relação, o país é o líder da desproporcionalidade no quesito número de advogados para cada juiz – Brasil: 39,42; Itália: 32,56; Malta: 25,01; Espanha: 24,91; Portugal: 14,46; Dinamarca: 13,88; Albânia: 10,26. Todos os demais países analisados possuem menos de 10 advogados para cada juiz.

E no tocante ao comparativo entre os continentes, diferentemente do observado na relação entre advogados e habitantes, onde o número é maior na América, com relação aos juízes o continente europeu leva vantagem, superando em quase o dobro da média americana verificada: 8,1 - 14,5.

No que tange ao orçamento, em relação ao produto interno bruto – PIB o

Brasil¹³⁹⁵ está no topo do ranking com os custos de manutenção do Poder Judiciário¹³⁹⁶, utilizando 1,46%, perdendo, dentre todos os Estados avaliados, apenas para a Costa Rica, que utiliza 5,48%. Na terceira posição surge São Marino: 0,65%; quarta, Montenegro: 0,64%; quinta, Bósnia e Herzegovina: 0,59%. Depois, já para a metade do ranking, emerge Portugal, com 0,31%. Não há informação sobre a Espanha. O país que menos utiliza seu orçamento é a Noruega, com 0,05%. A média calculada entre os países da Europa é 0,18%; o Brasil está mais de oito vezes acima desse valor. A maior parte dos países utiliza menos de 0,5%. É o orçamento destinado ao Poder Judiciário que determina o número de juízes nos tribunais, assim como a estrutura física e material disponível, influenciando diretamente a prestação jurisdicional.

Com relação à segunda parte do estudo do CNJ, a litigiosidade é constatada a partir da verificação da carga de trabalho destinada a cada juiz frente a novos casos observados em um lapso temporal determinado diante de uma amostragem populacional lastreada a cada 100.000 habitantes. A carga de trabalho de cada juiz repercute diretamente no tempo da prestação jurisdicional. Normalmente a análise é feita com uma média composta de pela soma de novos casos e dos pendentes de julgamento, observados no período de um ano, dividido pelo número total de juízes em atividade.

O elevado número de processos destinado a cada juiz, notadamente o acervo processual, pode indiciar a necessidade de ampliação da estrutura. O

¹³⁹⁵ “Também vale lembrar que, além da população, a dimensão territorial dos países e o seu grau de desenvolvimento também representam fatores determinantes dos recursos com que conta a Justiça. Países de grande extensão territorial e populacional, como o Brasil, podem demandar mais recursos para serem aplicados no Judiciário. Por outro lado, nações em desenvolvimento institucional em geral demandam investimentos maiores em suas estruturas do que as democracias já consolidadas e avançadas. A carga de trabalho e a taxa de congestionamento, abordadas a seguir, também podem exercer algum grau de influência no orçamento em relação ao PIB, pois a inversão de um quadro negativo com relação a essas variáveis pode demandar significativos montantes de recursos”. Extraído do estudo do CNJ.

¹³⁹⁶ Nesse contexto, o Judiciário brasileiro se vê de mãos atadas, pois o gasto com recursos humanos deve observar o limite de alerta e de prudência da Lei de Responsabilidade Fiscal, não podendo, dessa forma, haver oneração elevada para a contratação de pessoas na mesma proporção da escalada processual. Vide, nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal. CONGRESSO NACIONAL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

número de casos novos aponta a taxa de litigiosidade da sociedade avaliada. Em outro norte, a quantidade excessiva de juízes, sem que isso resulte em uma prestação jurisdicional célere e adequada, pode representar uma equivocada alocação dos escassos recursos financeiros e requer uma reorganização da definição das prioridades em benefício do serviço público prestado, como é o caso, por exemplo, da Bósnia e Herzegovina¹³⁹⁷, que, apesar de contar com um número adequado, e elevado se em comparação com os demais Estados, de juízes para cada 100.000 habitantes, ostenta uma alta taxa de congestionamento, ocasionando a tão combatida morosidade processual.

A carga média de trabalho distribuída entre os Estados avaliados ficou em 1.926 processos para cada juiz – restando impossível individualizar as peculiaridades e as razões que culminaram individualmente nesse número, devendo ser compreendida, nas estatísticas, as diferenças estruturais e culturais existentes em cada região. A Dinamarca apresenta o maior número de processos por juiz: 8.483; seguida do Brasil, com 4.616; a Áustria ocupa a terceira posição, com 2.151. Todos os demais ficaram abaixo dos 2.000 processos para cada juiz.

No ingresso de novas demandas, observadas em um período de um ano, em comparação aos países da América, o Brasil (4.034) ocupou o terceiro posto com o maior número, atrás apenas do Chile (12.829) e da Costa Rica (11.331), os quais possuem ampla litigiosidade e são responsáveis pela elevação da média (4.809) – México e Argentina ficaram abaixo da média, mas foram contabilizados apenas processos da justiça federal. A litigiosidade de novos casos é muito maior entre os países europeus. O país que apresenta maior número é a Dinamarca, com 56.383 processos. Áustria, Croácia e Eslovênia são os três países seguintes, todos com números acima da casa dos 30.000. A média calculada foi de 20.628 casos novos por cem mil habitantes. O Brasil ocuparia o quarto final da tabela, caso

¹³⁹⁷ Extraído do contexto do estudo do CNJ: “De maneira oposta, Bósnia e Herzegovina possui número pequeno de casos novos por cem mil habitantes (3.847 casos novos), baixa carga de trabalho (159 processos por juiz), número de juízes por cem mil habitantes acima da média e o quarto maior orçamento destinado ao Poder Judiciário quando comparado com o Brasil e países da Europa. No entanto, sua taxa de congestionamento é a segunda maior dos países analisados na tabela 11, em razão de sua baixa produtividade”.

estivesse estabelecido naquele continente, cinco vezes abaixo da média e em aproximadamente 0,8% do número verificado para a Dinamarca.

No tocante à produtividade, a média anual calculada foi de 736 julgamentos proferidos por cada juiz no intervalo de um ano. Os juízes dinamarqueses são os mais produtivos, com 8.075, seguidos dos austríacos, com 1.848, e dos brasileiros, com 1.616. A maior parte dos Estados avaliados possui produção média individual de cada juiz abaixo dos 1.000 processos por ano. Nunca é demais ressaltar, nesse contexto, que a Organização das Nações Unidas - ONU diz que cada juiz deve julgar cerca de 400 processos por ano¹³⁹⁸. Em Santa Catarina, cada juiz prolata em média cinco vezes mais do que isso (em 2018, 2019).

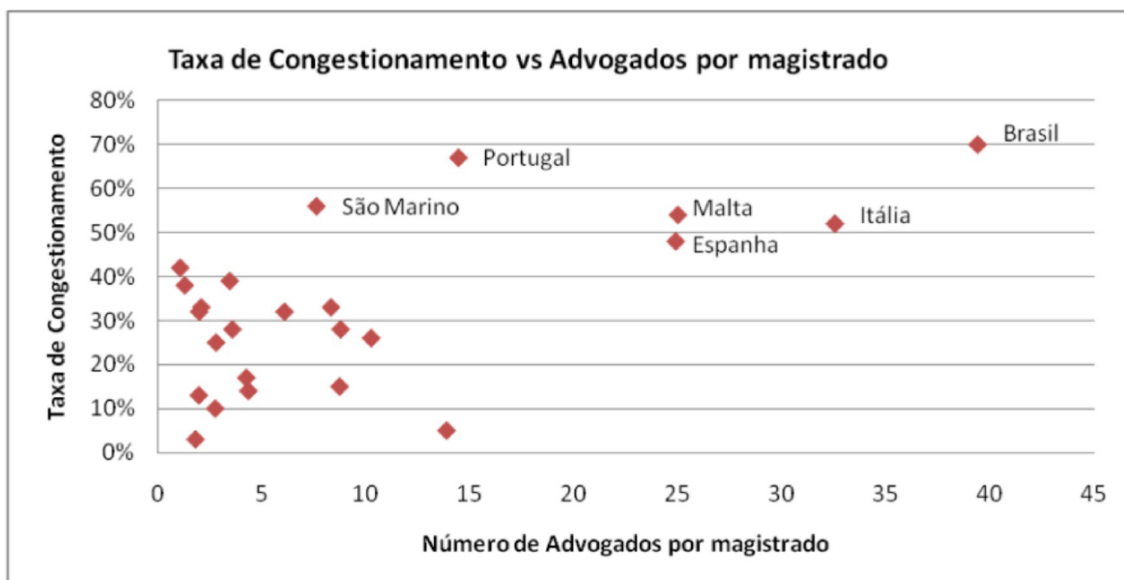
Como resultado do estudo, em uma confrontação dos os números produzidos, observa-se, como regra, uma elevada taxa de congestionamento jurisdicional, conforme se depreende da tabela abaixo. O Brasil é o Estado que lidera esse desonroso ranking, com uma inacreditável taxa de congestionamento de 70%, seguido por Bósnia e Herzegovina, com 68%, e Portugal, com 67%.

¹³⁹⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **AMB alega que número de processos é muito alto**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia1493.pdf>. Acesso em 29 maio 2015.

GRÁFICO 2: País vs. taxa de congestionamento

País	Taxa de Congestionamento
Brasil	70%
Bósnia e Herzegovina	68%
Portugal	67%
São Marino	56%
Macedônia	54%
Malta	54%
Itália	52%
Espanha	48%
Eslovênia	42%
Eslováquia	39%
Mônaco	38%
Montenegro	33%
França	33%
Croácia	32%
Andorra	32%
Armênia	28%
Turquia	28%
Latvia	28%
Sérvia	26%
Albânia	26%
Estônia	25%
República Tcheca	19%
Geórgia	18%
Romênia	17%
Hungria	15%
Suíça	15%
Áustria	14%
Finlândia	13%
Polônia	10%
Dinamarca	5%
Federação Russa	3%
Média	47%

Nessa conjugação, mais um fator que deve ser observado com relação à taxa de congestionamento processual é a relação entre o número de advogados e o de juízes. O Brasil aponta a maior taxa de congestionamento assim como a maior desproporção entre o número de advogados e juízes. A elevada proporção entre os advogados sobre os juízes pode indiciar diversos fatores, mas dentre eles a alta propensão para o litígio e a relativa incapacidade da sociedade em realizar a autocomposição. Nesse cenário, o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados parece influenciar a taxa de congestionamento, havendo significativa relação entre essas variáveis. Em outras palavras, quanto maior o número de advogados, maior deve ser a taxa de congestionamento processual, conforme se depreende na tabela abaixo:

GRÁFICO 3: Taxa de congestionamento vs. advogados

Outro estudo recente do CNJ, o “Justiça em Números”¹³⁹⁹, indicou que o Brasil gastou no ano de 2018 mais de noventa e três bilhões de reais (R\$ 93.725.289.276,00) como Poder Judiciário (cerca de U\$ 20.000.000,00 - vinte bilhões de dólares). São 18.141 juízes ao total para cuidar de um universo superior a oitenta milhões de processos distribuídos para uma população superior a duzentos milhões de habitantes¹⁴⁰⁰. Se considerarmos que cada processo possui um demandante no polo ativo e demandado no polo passivo, é possível concluir que ao menos toda a população adulta brasileira possui processo em tramitação no Poder Judiciário.

No ano de 2018, foram baixados 31.883.392 processos. A produtividade média dos juízes subiu 4,2%, atingindo o maior percentual da última década, fixando-se em 1.877 julgamento por juiz no ano. Em números absolutos, foram prolatadas cerca de um milhão a mais de sentenças do que em 2017, atingindo a marca histórica total de 32.399.651. Em média, cada juiz julgou quase oito casos por

¹³⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números - 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: nov. 19.

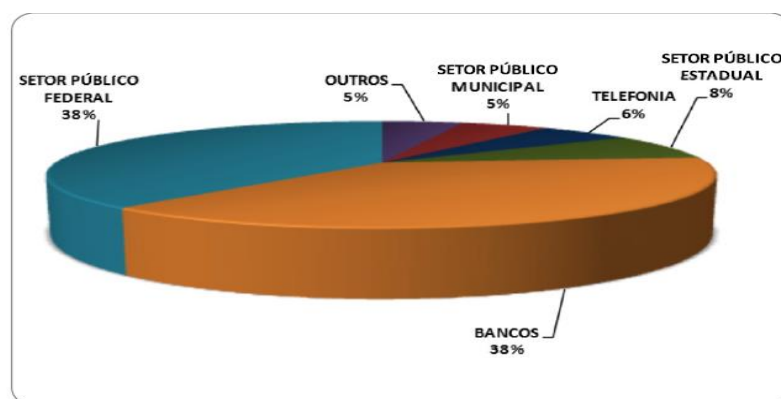
¹⁴⁰⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: nov. 19.

dia útil de trabalho.

Com isso, o tempo médio de modificação do acervo processual caiu de 5 anos e 6 meses para 4 anos e 10 meses; não obstante, o tempo médio para a prolação da sentença subiu de 1 ano e meio em 2015 para 2 anos e 2 meses em 2018. O primeiro grau de Jurisdição ostenta 94% de todo o acervo processual do país.

O CNJ também realizou um estudo¹⁴⁰¹ sobre os 100 maiores litigantes do sistema judiciário brasileiro, e constou que o maior cliente da justiça é o setor público, nas três esferas (união, estados e municípios). Juntamente com os entes federativos, os bancos e o sistema de telefonia somados representam cerca de 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Destes, o setor público detém 51%, o setor bancário 38%, as empresas de telefonia 6% e todos os demais somam 5%.

GRÁFICO 4: Maiores litigantes em porcentagem

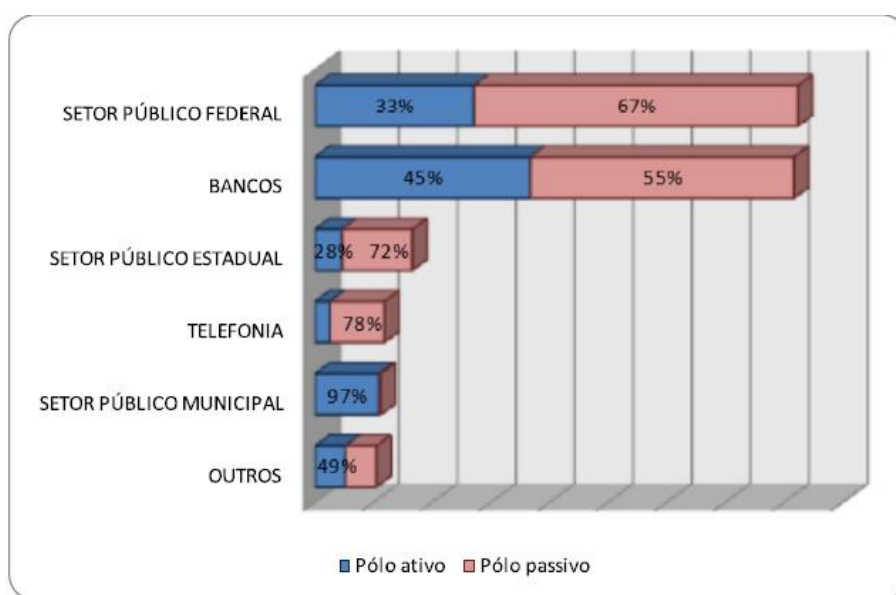


Do total de processos, os 100 maiores litigantes brasileiros estão no polo passivo, em média, em 59% deles, destacando, nesse campo, o comportamento anômalo do setor municipal, que representa 97% das demandas no polo ativo –

¹⁴⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **100 maiores litigantes**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: nov. 19.

certamente a quase totalidade das ações no polo ativo correspondentes às execuções fiscais, e no polo passivo postulados de promessas não cumpridas pelo Estado social de bem-estar.

GRÁFICO 5: Maiores litigantes – autor vs. réu



Com lastro no estudo, observa-se que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS responde por mais de um quinto da demanda do setor público, e a Caixa Econômica Federal, único banco estatal, a outro um quinto dos processos bancários.

GRÁFICO 6: Maiores litigantes – setor público

Rank	100 Maiores Litigantes Nacionais por setor público					
	Setor Público Federal		Setor Público Estadual		Setor Público Municipal	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,3%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,2%	MUNICÍPIO DE MANAUS	2,0%
2	UNIÃO	7,7%	IPERGS - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,1%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	2,0%
3	FAZENDA NACIONAL	7,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÁS	0,5%	MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS	0,4%
4	FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PERNAMBUCO	0,4%	MUNICÍPIO DE APARECIDA DE GOIÂNIA	0,2%
5	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,2%	ESTADO DE PERNAMBUCO	0,3%	MUNICÍPIO DE AGUAS LINDAS DE GOIÁS	0,1%
6	OUTROS	0,3%	OUTROS	1,3%	OUTROS	0,4%
PERCENTUAL TOTAL		38,5%	PERCENTUAL TOTAL	7,8%	PERCENTUAL TOTAL	5,2%

Ultrapassando os dados comparativos nos cenários internacional e nacional, e adentrando à esfera catarinense¹⁴⁰², a realidade da prestação jurisdicional no Estado de Santa Catarina não é diferente – aos números devem ser acrescidos às competências especializadas que tramitam em outros tribunais. No Tribunal de Justiça, responsável pelo segundo grau de Jurisdição, que possui uma estrutura mais próxima da adequada para o julgamento dos processos, as metas do Conselho Nacional de Justiça têm sido alcançadas e, aos poucos, superadas. Em 2019, a Corte de Justiça catarinense abriu o ano com 131.727 processos pendente de julgamento, distribuídos entre noventa e quatro desembargadores, sendo 88 com funções jurisdicionais plenas¹⁴⁰³.

No primeiro grau de Jurisdição, contudo, a situação processual é bastante dissonante do que ideal para o fazimento da justiça, conforme é possível observar na tabela abaixo:

¹⁴⁰² Onde o doutorando labuta.

¹⁴⁰³ PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA. **Relatório anual do Poder Judiciário - 2018**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/27424/3034486/Relat%C3%B3rio+Estat%C3%ADstico+2018/deb06e73-8b24-b4c6-fea3-64864e5f7d3c>. Acesso em: nov. 19.

GRÁFICO 7: Poder Judiciário de Santa Catarina

ANO	TOTAL DE PROCESSOS* INICIADOS	Execuções fiscais iniciadas	Iniciados (exceto exec. fiscais)	TOTAL DE PROCESSOS* ENCERRADOS	Execuções fiscais encerradas	Encerrados (exceto exec. fiscais)	TOTAL DE PROCESSOS JULGADOS	Execuções fiscais julgadas	Julgadas (exceto exec. fiscais)	PROCESSOS* EM ANDAMENTO AO FIM DO ANO	Execuções fiscais em andamento	Em andamento (exceto exec. fiscais)	média de juízes em atividade ao fim do ano	Média de processos julgados por juiz (sem execuções fiscais)	Média de processos julgados por juiz (total)
2000	464.945	69.436	395.509	377.205	61.736	315.469	225.789	39.652	186.137	839.081	275.897	563.184	257	724	879
2001	542.599	116.352	426.247	393.699	64.082	329.617	233.686	28.198	205.488	987.981	328.167	659.814	249	825	938
2002	616.933	135.412	481.521	490.228	82.101	408.127	299.203	43.265	255.938	1.114.686	381.478	733.208	260	984	1.151
2003 **	667.280	142.118	525.162	372.990	10.576	362.414	330.009	43.313	286.696	1.408.976	513.020	895.956	279	1.028	1.183
2004	714.434	136.602	577.832	489.021	63.243	425.778	360.786	54.486	306.300	1.634.389	586.379	1.048.010	298	1.028	1.211
2005	704.333	101.933	602.400	616.176	73.485	542.691	414.856	68.076	346.780	1.722.546	614.827	1.107.719	321	1.080	1.292
2006 **	794.603	154.514	640.089	708.469	128.986	579.483	511.242	87.663	423.579	1.808.680	640.355	1.168.325	316	1.340	1.618
2007	891.623	137.153	754.470	833.772	138.500	695.272	529.360	92.297	437.063	1.866.531	639.008	1.227.523	327	1.337	1.619
2008	895.640	118.915	776.725	822.255	97.678	724.577	574.739	118.390	456.349	1.939.916	660.245	1.279.671	352	1.296	1.633
2009	866.152	109.555	756.597	774.026	75.450	698.576	556.998	107.197	449.801	2.032.042	694.350	1.337.692	352	1.278	1.582
2010	922.197	168.052	754.145	851.085	146.461	704.624	660.013	136.031	523.982	2.103.154	715.941	1.387.213	361	1.451	1.828
2011	921.528	147.302	774.226	843.562	119.994	723.568	634.011	106.965	527.046	2.181.120	743.249	1.437.871	362	1.456	1.751
2012	981.849	131.632	850.197	902.366	111.583	790.783	675.483	130.898	544.585	2.260.603	763.318	1.497.285	356	1.530	1.897
2013	1.028.879	123.684	905.195	807.221	141.605	665.616	706.748	107.763	598.985	2.482.261	745.397	1.736.864	379	1.580	1.865
2014	1.024.386	146.216	878.170	763.887	104.104	659.783	640.117	100.428	539.689	2.418.189	787.509	1.630.680	397	1.359	1.612
2015	892.118	122.540	769.578	750.314	80.073	670.241	748.714	87.527	661.187	2.766.857	831.041	1.935.816	404	1.637	1.853
2016	807.533	99.796	707.737	991.680	109.543	882.137	711.291	86.209	623.082	2.596.804	801.022	1.795.782	393	1.585	1.810
2017	859.211	118.546	740.665	987.881	106.524	881.357	721.675	84.497	637.178	2.737.459	838.114	1.899.345	396	1.609	1.822
2018	904.864	121.692	783.172	1.100.471	127.381	973.090	857.298	132.826	724.472	2.632.906	802.654	1.830.252	410	1.767	2.091

(*) Consideradas todas as classes processuais (de conhecimento, execuções de sentença, incidentes e as ações incidentais), exceto recursos.

(**) Nos anos de 2000 a 2006 foram ajustados os valores dos processos julgados, em virtude de não mais se considerar os arquivamentos administrativos.

(***) No ano de 2009 a Corregedoria passou a utilizar o SAJ/Estadística como ferramenta de trabalho, com metodologia ligeiramente diferenciada dos antigos "mapas estatísticos", o que causou variação na totalização dos dados.

Extraí-se dos números apresentados na tabela que, porquanto o ingresso de novos processos, incluindo execuções de sentença, incidentes e ações incidentais, mais do que dobrou do ano 2000 ao ano de 2013, passando de 464.945 para 1.061.150 por ano, em um aumento próximo de 128%, o número de juízes atuando em 1º grau de Jurisdição, no mesmo período, cresceu pouco mais do que a metade, indo de 257 em 2000 para 379 em 2013, com um aumento aproximado de 57%. E em 2018, a entrada foi de 904.864, ligeiramente inferior ao ano de 2013, mas ainda assim mais do que o dobro do ano 2000, enquanto o número de juízes contou com ligeiro acréscimo, evoluindo de 379 para 410 - os dados estão estampados na primeira e na antepenúltima colunas, respectivamente.

Sem embargo, o acervo de processos em andamento no Poder Judiciário de Santa Catarina quase triplicou do ano 2000 ao ano de 2013, mantendo-se, a partir de então, relativamente estável, com crescimento inferior a 10%, não obstante a manutenção da elevada média de julgamento dos juízes – dados observados na décima e na sétima colunas.

Em outro norte, observando a ótica dos números jurisdicionais em confronto com os números populacionais de Santa Catarina, contata-se que há décadas a taxa de crescimento dos habitantes do Estado cresce cerca de 1,5% ao ano, em consonância com a taxa de crescimento dos demais Estados federativos brasileiros. De acordo com o IBGE, a população de Santa Catarina era, em: 1980 - 3.687.652; 1990 - 4.538.248; 2000 - 5.349.580; 2010 - 6.248.436¹⁴⁰⁴; estimativa atual: 7.164.788¹⁴⁰⁵.

Com isso, no ano 2000, tínhamos em Santa Catarina cerca de 5.349.580 habitantes, 257 juízes, foram iniciados 464.945 processos e o acervo processual era de 839.081. Em 2010, ano do último censo realizado pelo IBGE, o Estado contava com 6.248.436 de habitantes, 361 juízes, 922.197 novos processos com acervo de outros 2.103.154. Em 2018, havia 7.164.788 de pessoas residindo em Santa Catarina, foram iniciados 904.864 novos processos e estavam armazenados 2.632.906 de processos em tramitação na justiça do Estado para um quadro de 404 juízes atuantes em primeiro grau de Jurisdição.

Nesse diapasão, em um simples olhar perfunctório é possível concluir que, desde o início dos anos estatísticos apresentados, o número de juízes cresceu em proporção maior do que a população, mas nenhum desses números se aproxima do crescimento de demandas submetidas ao Poder Judiciário catarinense desde então. Se não fosse o número extraordinário de novas ações judiciais, em outras

¹⁴⁰⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sinopse do censo demográfico 2010**. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=4&uf=00>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹⁴⁰⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Santa Catarina – panorama**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama>. Acesso em: 5 nov. 19.

palavras, se a demanda tivesse crescido na mesma proporção da população, com lastro na produtividade dos juízes catarinenses notados com o encerramento anual de processos, o Judiciário catarinense terminaria o ano de 2011 sem nenhum processo em tramitação¹⁴⁰⁶. Atualmente, sem adentrar à complexidade de ações que demandariam muito mais tempo para serem concluídos, se não ingressasse mais nenhuma ação, o Judiciário catarinense, com base no mesmo comparativo, levaria ao menos quatro anos para eliminar o seu acervo processual. Outro dado interessante de ser observado nesse comparativo é que, com uma população de 7.164.788 de habitantes em Santa Catarina, e havendo 2.632.906 de processo em estoque, é possível afirmar, levando-se em consideração que cada ação judicial tem ao menos uma pessoa no polo ativo e outra no polo passivo, que toda a população adulta de Santa Catarina possui ao menos um processo em tramitação no Judiciário catarinense.

Por mais que se julguem processos, a estrutura que integra os Tribunais, seja ela física, administrativa ou humana, não acompanhou o inacreditável crescimento das demandas processuais sociais. Avaliando a questão de maneira simplista, utilizando como exemplo o Judiciário de Santa Catarina, há evidente dissonância entre o aumento do número de processos, da população catarinense e de juízes. Não obstante, a média de produtividade, principalmente no tocante às sentenças, vem aumentando, o que resulta, elaborando um mero cálculo, considerando-se todos os dias do ano, em uma produção de 5,78 sentenças por magistrado por dia (365) no ano de 2018.

Nessa realidade, levando-se em consideração apenas os dias úteis, e descontando os períodos de férias e demais afastamentos autorizados previstos na legislação pertinente, como licença-maternidade, o número de sentenças prolatas diariamente deve dobrar. Com a dobra dos números, diante de um expediente forense de oito horas diárias seria elaborado, de modo aproximado, 1,25 sentença por juiz a cada hora trabalhada. Mesmo sem dobrar, estaríamos falando de uma

¹⁴⁰⁶ Taxa de crescimento anual dos 464.945 processos iniciados no ano 2000 similar ao crescimento populacional ou do aumento dos magistrados durante o íterim, somado ao acervo processual existente no ano 2000, menos o número de processos encerrados no período.

sentença a cada hora e meia de trabalho, sem mencionar as demais obrigações, como despachos, decisões, audiências, atendimentos à advogados, servidores e ao público em geral, preenchimento de cadastros e relatórios, prestação de informações, realização de vistorias, enfim, tantas outras atribuições que vão além da atividade jurisdicional e invadem a administração e o gerenciamento de processos e pessoas, que certamente acabam por interferir na qualidade da atividade-fim de um dos Poderes do Estado – apesar da alta produtividade dos juízes, diante da elevada e crescente demanda processual, a imagem¹⁴⁰⁷ do Judiciário perante a sociedade resta fortemente ligada à morosidade¹⁴⁰⁸, pois a alta taxa de congestionamento processual é confundida com inatividade do juiz¹⁴⁰⁹.

Nesse cenário, por decorrência lógica, é humanamente impossível atingir esses números individualmente sem que haja verdadeira delegação do exercício da Jurisdição para pessoas não habilitadas legalmente ao exercício da judicatura, o que acaba interferindo no amoldamento do perfil do juiz contemporâneo na Jurisdição interna estatal¹⁴¹⁰. Inobstante a grande resistência para se manter o trabalho manual

¹⁴⁰⁷ “A nova magistratura fala. Três mil duzentos e cinquenta e oito juízes encontraram ânimo e tempo em meio à imensidão do serviço a cargo de cada magistrado brasileiro, que, cabe lembrar, é o que enfrenta a maior massa de trabalho do mundo, para responder aos 11.286 questionários enviados pela AMB para a pesquisa coordenada pela professora Maria Tereza Sadeh. [...] Mas o ponto que deve ter pesado na avaliação judiciária negativa pelos próprios juízes é a demora processual – uma vergonha para todo magistrado. Nisso o Judiciário brasileiro é altamente reprovado pelos próprios magistrados, também vítima das formas processuais que impedem a fluidez. A sinceridade das respostas, contudo, não deve ser tomada como reconhecimento de culpa. O juiz brasileiro trabalha muito, mas o processo não anda, e, se caminha, não alcança a execução do julgado. Assim como também não anda em muitos países, nos quais os juízes registram menor quantidade de trabalho. Nesse ponto vêm à lembrança os números astronômicos da produção dos juízes nacionais, se comparados com os de análoga posição institucional no exterior”. SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 100 e 103.

¹⁴⁰⁸ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e Poder Judiciário**. p. 51/2.

¹⁴⁰⁹ MACEDO, Fausto. **O País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e assoberbados**. Jornal O Estadão. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁴¹⁰ “O site Espaço Vital publicou notícia relacionada com a produtividade funcional de magistrados, a partir de dados fornecidos pelo CNJ-Conselho Nacional de Justiça, e aponta, entre outros competidores de alta produção de sentenças no primeiro grau de jurisdição, segundo divulgado pelo jornal O Globo de 13.05.2008, que o campeão brasileiro é o juiz Nelson Ferreira Júnior, do TJ do Distrito Federal. Isso porque no mês de março do mesmo ano, foi responsável por 3.244 despachos, 931 decisões, 4.113 sentenças com julgamento de mérito, 23 sentenças sem julgamento de mérito, pelo arquivamento de 931 processos e pela presidência de 610 audiências. Para tanto, ele contou com a ajuda de setenta (70) funcionários e de três juízes auxiliares. Informou ainda que a unidade

exigido por um processo jurisdicional e depois do largo caminho trilhado para a conquista da sua independência enquanto julgador e a sedimentação de um direito universal humanizado, o juiz atual se tornou muito mais um burocrata impulsionador de demandas do que um magistrado decorrente da verdadeira acepção da palavra.

Em razão do déficit de representatividade, na dimensão política da Jurisdição o juiz passou a ser determinante para a consecução das políticas públicas que deveriam ser desenvolvidas pelos demais Poderes da esfera de “governo”, proporcionando a participação popular nas decisões do Estado especialmente por intermédio das ações coletivas, e, também, por meio de sua independência, tornou-se um garantidor da integridade do ordenamento jurídico constitucional, mas não é só.

As novas ondas¹⁴¹¹ renovatórias da Jurisdição democratizaram o acesso na mesma proporção em que emergiram novos direitos, que coincidiu com a derrocada o Estado social na efetivação das suas promessas de proporcionar o bem-estar social, acarretando um número de demanda infindável submetida ao Poder Judiciário no exercício das outras duas dimensões da Jurisdição, a jurídica e a social.¹⁴¹²

Diante da alta beligerância da sociedade atual, absolutamente desprovida

judiciária é de Vara Criminal e recebe em média dois mil (2.000) documentos por dia. Acrescentou que, no referido mês de março, a estatística apontava o ingresso de 581 processos enquanto 35.309 aguardavam julgamento. Por fim, o magistrado da capital brasileira considera deficitária a estrutura da Vara e propõe a contratação de 20 funcionários”. MADALENA, Pedro. **Magistratura: produtividade controlada em processo virtual**. Disponível em: https://www.amb.com.br/docs/artigos/estatistica_pedromadalena.pdf. Acesso em: 1 nov. 19.

¹⁴¹¹ “Ao fazer referência à segunda onda ou segundo grande movimento para melhorar o acesso à Justiça, Cappelletti e Garth destacam que este movimento teve como objeto o problema da representação dos direitos difusos que, na concepção tradicional de processo civil, não possuíam espaço para proteção. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 232.

¹⁴¹² “A terceira onda que os autores chamam de enfoque do acesso à Justiça apresenta uma perspectiva mais abrangente para o acesso à justiça, pois envolve o conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo para prevenir disputas nas sociedades modernas”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. p. 232.

da cultura da conciliação e da capacidade de resolver seus próprios problemas, esta transferiu também ao Judiciário questões mezinhas como, por exemplo, a cobrança de uma dívida financeira insignificante entre vizinhos ou a troca de um produto defeituoso de pequeno valor ainda dentro do prazo de garantia, em situações em que o valor do objeto da demanda é significativamente inferior ao próprio custo da tramitação de um processo judicial. Ou, ainda, apresentam-se em juízo as ações de massa e repetitivas, fruto da inércia estatal em resolver situações comuns à população. Os processos dessa natureza, que acabam por exigir do juiz muito mais quantidade de produção do que qualidade intelectual decisória, são a absoluta maioria dos processos que tramitam nas jurisdições estatais, especialmente no Brasil, modificando o perfil do juiz, que deixa, nessas duas dimensões da Jurisdição, de ser uma órgão de Poder, para se resumir a um burocrata gerenciador de processos e pessoas, trabalhando infundavelmente diante de uma demanda desproporcional, assumindo toda a responsabilidade que seria do Estado e caindo em descrédito por não conseguir responder os anseios sociais e individuais em tempo oportuno e com a qualidade esperada advinda daquele que figura no topo da escala de responsabilidade dos cargos públicos estatais – ao menos na esfera da “garantia”.

Enfim, certamente não foi para isso que o Judiciário foi alçado ao patamar de Poder ainda na idade média e desde então evoluiu para se sedimentar no Estado contemporâneo como o alicerce da democracia participativa, permitindo o amplo acesso populacional às esferas decisórias políticas, para se firmar como garantidor da constituição e do ordenamento jurídico e como instrumento de pacificação social por intermédio da resolução de conflitos. Ser um burocrata gestor de processo e pessoas não está no espírito da Jurisdição desenhada como Poder do Estado moderno, em nenhuma de suas concepções. Infelizmente, essa é a realidade apresentada pelos números, sob a ótica da estatística.

5.5 UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA: JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL ¹⁴¹³

A reflexão será feita a partir da sustentabilidade proposta por Klauss Bosselmann diante da ineficácia da justiça ecológica perante o colapso dos atuais modelos jurisdicionais.¹⁴¹⁴

Bosselmann inaugura a obra “O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança” com uma singela provocação sobre o uso do termo sustentabilidade que, por ser tão poderoso, acabou por se tornar, diante da sua variedade de significados, um termo sem significado¹⁴¹⁵.

Na concepção do autor, a sustentabilidade é ao mesmo tempo simples e complexa, semelhante à ideia de justiça. É fácil constatar o que é uma injustiça, assim como o que é insustentável.

Em sua forma mais primária, a sustentabilidade se traduz na mais pura necessidade, como a água e o ar que respiramos. Mas na sua forma complexa, é termo de difícil definição, assim como o conceito de justiça. De todo modo, ambos exigem atenção premente e imediata da humanidade. No entanto, considerando os altos índices de produção, consumo e resíduos com os quais convivemos atualmente, parece ser muito mais fácil constatar e reprimir uma sociedade injusta do que enfrentar uma sociedade insustentável, e isso pode ocasionar severas consequências para a humanidade em escala mundial.

¹⁴¹³ Elaborado integralmente tomando por base a obra: BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴¹⁴ O presente tópico foi desenvolvido também a partir do capítulo de livro publicado por este doutorando, com ligeiras adaptações de forma, mas não de conteúdo, conforme: FARAH, Paulo Eduardo Huergo. **Jurisdição Plural: proposta de um modelo de governança para a sustentabilidade do exercício da jurisdição**. In: MACHADO, Marco Aurélio Ghisi *et al.*; Organizadores: Zenildo Bodnar, João Henrique Pickcius Celant, Rudson Marcos. *O Judiciário como instância de governança e sustentabilidade: descobertas, dúvidas e discordâncias*. Florianópolis: EMais, 2018. p. 205 e ss. Portanto, alguns trechos deste tópico foram publicados pelo autor anteriormente.

¹⁴¹⁵ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 25.

Em um apanhado histórico, conforme o entendimento do referido autor, voltando aos tempos que precedem o debate moderno sobre a sustentabilidade, a ideia e até mesmo o termo já eram entendidos e praticados muitos séculos atrás, sendo impreciso afirmar que apenas recentemente eles foram constituídos.

Nesse campo, é possível observar que a ideia básica de sustentabilidade tem suas raízes na origem do próprio ser humano, como um desejo de viver em harmonia com a natureza. Os primeiros sistemas agrícolas e jurídicos conduziram a essa tradição, pois eram baseados em valores que não separavam a esfera humana da esfera natural – cultura que se perdeu com o surgimento dos sistemas jurídicos modernos, mais especificamente com o formalismo advindo do positivismo jurídico, onde a “ignorância ecológica” passou a imperar.

Como protótipo dessa origem, após o colapso europeu vivenciado entre os anos de 1300 e 1351, as leis locais da Europa ao final do século XIV passaram a ser guiadas por questões de sustentabilidade, quando, a partir de então, adotando-se um sistema de uso da terra conhecido como “*allmende*” – “*commons*”.

Esse sistema acabou por sedimentar a diferença entre público e privado: o funcionamento e a integridade dos ecossistemas eram de interesse público, porquanto o uso dos recursos poderia ser privado. Assim, por exemplo, cada um poderia plantar em sua porção de terra, mas o que e como seria plantado era uma decisão coletiva da comunidade. O intuito não era a maximização, mas sim a otimização, cultura que perdurou até a primeira revolução industrial.

Dessa forma, a sustentabilidade sempre foi uma preocupação da sociedade, desde as civilizações mais remotas, ainda que de maneira embrionária. Como visto, o debate moderno sobre a sustentabilidade não é novo, mas tão somente ganhou uma nova roupagem sobre “desenvolvimento sustentável”. Mas esse novo conceito de desenvolvimento sustentável só pode ser significativo quando relacionado à ideia central de sustentabilidade ecológica.

Em outro diapasão, o termo sustentabilidade foi cunhado durante o iluminismo, e emergiu perante uma nova crise ecológica originada pelo desmatamento causado pelo rápido aumento da demanda econômica. A madeira era usada para mineração, estaleiros, construção civil, indústria e consumo doméstico, e no século XVII a escassez era tanta que passou a paralisar a economia dos países europeus¹⁴¹⁶.

O engenheiro e cientista florestal alemão Hans Carl Von Carlowitz pode ter sido o inventor do termo sustentabilidade (1645). Apesar de tratar precipuamente do uso e conservação da madeira, o alemão também se referiu às demandas econômicas e à justiça social. A obra do alemão influenciou tantas outras a partir de então, sempre voltadas para a perspectiva ambiental – em alguns momentos a sustentabilidade foi tida como sinônimo de boas práticas ambientais. No século XIX, no entanto, a ideia de gestão sustentável se popularizou entre economistas, planejadores e teóricos do desenvolvimento, passando a ser aplicada de maneira tão abrangente que o pensamento de custo-benefício de curto prazo superou a sustentabilidade¹⁴¹⁷.

Trazendo os acontecimentos históricos para uma dimensão contemporânea, percebe-se que naquela época era possível uma ligeira transformação social mesmo após o esgotamento dos recursos naturais, como, por exemplo, a madeira, mas hoje o mundo globalizado e industrializado atingiu um nível de complexidade tão grande que tornaria impossível realizar mudanças substanciais de maneira ágil. Todas as relações da sociedade estão situadas em nível planetário, e qualquer estratégia de sustentabilidade aplicada apenas ao âmbito local está condenada ao fracasso¹⁴¹⁸.

Um dos grandes problemas dessa urgente necessidade de transformação

¹⁴¹⁶ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 34.

¹⁴¹⁷ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 36.

¹⁴¹⁸ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 42.

que vivenciamos atualmente é que os documentos recentes que tratam do tema não refletem especificamente a sustentabilidade. A história moderna de sustentabilidade está intimamente associada com a história política e do direito ambiental internacional. A própria Comissão de Brundtland deixou de definir sustentabilidade para somente descrever o significado de desenvolvimento sustentável – continuando com o excessivo enfoque antropocêntrico¹⁴¹⁹.

Essa ausência substancial de contornos definidos fez com que os Estados continuassem a promover a compatibilidade do crescimento com a sustentabilidade, originando, com isso, dois sentidos sobre o ambientalismo: uma abordagem ecologista e outra ambiental do desenvolvimento sustentável. A abordagem ecologista é crítica do crescimento e favorece a sustentabilidade ecológica (sustentabilidade forte); a abordagem ambiental pressupõe a validade do crescimento e coloca em paridade de importância a sustentabilidade ambiental, a justiça social e a prosperidade econômica (sustentabilidade fraca)¹⁴²⁰.

E em um embate entre a sustentabilidade e o desenvolvimento, onde o equilíbrio é traduzido colocando cada um deles em um dos lados da balança, emergem inúmeros problemas, dentre eles saber se hoje o meio ambiente está equilibrado, ou se necessita de recuperação, e quais serão os bens de maior relevância que precisam ser preservados para as futuras gerações: nesse último ponto, parece ser impossível fazer suposições para além das necessidades básicas, sendo correto, portanto, manter o meio ambiente absolutamente íntegro, abandonando, dessa maneira, o critério meramente antropocêntrico para definição de desenvolvimento sustentável, abarcando também todas as demais formas de vida – componente ecocêntrico¹⁴²¹.

Nesse contexto, Bosselmann propõe que um grande norteamento para

¹⁴¹⁹ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 45.

¹⁴²⁰ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 47.

¹⁴²¹ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 50 e 55.

isso seria seguir os princípios da “Carta da Terra”, apresentada como alternativa para a “Declaração do Rio de 1992” – mas na ocasião os Estados preferiram firmar apenas a Declaração do Rio, mais afastada do conteúdo de sustentabilidade. A Carta da Terra também foi apresentada na “Cúpula Mundial de 2002”, como um documento fundamental de valores e princípios – o projeto de “Declaração para Johannesburgo” continha inicialmente diversos preceitos da Carta da Terra, mas foram retirados ao final¹⁴²².

Nesse universo de princípios protetivos, destacadamente o princípio da sustentabilidade visa defender os sistemas ecológicos e sua integralidade. Seus temas são os processos ecológicos. A noção de justiça ecológica contrasta com a de justiça ambiental¹⁴²³. A justiça ambiental cuida apenas da relação entre o ambiente e as pessoas, e a ecológica ultrapassa essa fronteira para abarcar além disso a relação entre os seres humanos e os demais integrantes e componentes do mundo natural – há quem defenda que isso seria relação apenas ética e moral, mas não de justiça, tratando um pouco da influência ou não que a ética e a moral exercem sobre o direito. No piso das duas está a dicotomia da visão antropocêntrica e ecocêntrica¹⁴²⁴.

O desenvolvimento na área da justiça ecológica pode ser considerado sob duas vertentes, a liberal e a da ecologia¹⁴²⁵.

A abordagem (ética) liberal fomenta de certa forma o cunho antropocêntrico, tendo como preocupação fulcral conciliar as preocupações do liberalismo com o indivíduo e o interesse pessoal com a neutralidade estatal perante as boas práticas ambientais. Enquanto isso, em outro norte, a preocupação da abordagem (ética) ecológica é levar o mundo não humano para a comunidade da

¹⁴²² BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 56-63.

¹⁴²³ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 107.

¹⁴²⁴ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 107.

¹⁴²⁵ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 109.

justiça, pois a limitação da moralidade da espécie humana já não é defensável à luz do progresso científico e da consciência crescente da interdependência entre a humanidade e a natureza.

As diferentes abordagens à justiça ecológica têm como objetivo maior integrar o mundo não humano ao mundo humano por intermédio da tomada de decisões ambientais, podendo ser perseguida por meio do discurso ético ou do discurso da justiça, não importando qual dos dois leve ao melhor resultado. A importância do discurso da justiça é que ele representa os valores de uma racionalidade pública assumida, enquanto que o discurso ético ainda pode ser calçado em uma moral de compaixão e empatia.

É importante destacar nesse ponto que Law e Gleeson, mencionados por Bosselmann, formaram dois princípios gerais de justiça ecológica para orientar a tomada de decisões: I) justiça ecológica significa que cada pessoa singular tem o direito de desfrutar a plenitude de sua própria forma de vida, e; II) todas as formas de vida são mutuamente dependentes e dependentes de formas não vivas. Esses princípios são qualificados por três distinções em caso de conflito: a) a vida tem precedência moral sobre a não vida; b) formas de vida individualizadas prevalecem moralmente sobre formas de vida que só existem como comunidades; c) seres humanos têm precedência sobre outras formas de vida¹⁴²⁶. Essas condições buscam resolver valores competitivos e assegurar que uma distinção moral entre a vida humana e não humana prevaleça.

Sob a ótica da validade¹⁴²⁷, não haveria problema em se positivar direitos a não humanos, como animais ou plantas, da mesma forma como ocorre fictamente com as pessoas jurídicas, tornando-os “sujeitos de direito” – se eles podem ou não ter direitos é um debate que deve ser reservado ao campo da filosofia, e não do direito.

¹⁴²⁶ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 114.

¹⁴²⁷ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 120.

O relacionamento da ética com o direito e a justiça deve alterar sua visão antropocêntrica para uma visão ecocêntrica. Essa mutação não seria apenas gradual, mas paradigmática, fazendo surgir um discurso de justiça ecológica. E nesse discurso entre direito e moral, para a aceitação do ecocentrismo e da justiça ecológica só é necessário internalizar o que ficou externalizado nas teorias de justiça até hoje¹⁴²⁸.

E é a partir da influência que a ética ambiental pode exercer sobre discurso da justiça que será possível definir o conteúdo da justiça ecológica¹⁴²⁹.

A proximidade do ecocentrismo com a sustentabilidade ecológica é o caminho mais promissor para uma teoria funcional da justiça ecológica. De acordo com a evolução da legislação ambiental, o conceito de desenvolvimento sustentável deve compor essa definição, que, para ser completa, tem de ultrapassar a vida meramente humana e atingir em plenitude os seres não humanos acompanhando a integridade ecológica.

Nesse contexto, há ao menos dois elementos éticos que são amplamente aceitos para a ideia de desenvolvimento sustentável: a preocupação com os pobres, incluindo todos os grupos sociais e economicamente discriminados, traduzindo-se na justiça social, podendo ser denominada justiça intrageracional, e a tradicional preocupação com as futuras gerações, podendo ser chamada de justiça intergeracional. Mas não se deve olvidar que para que a justiça ecológica alcance a sua completude é necessária a implementação de um terceiro elemento, qual seja, a preocupação com o mundo não humano – uma justiça interespécies ou de plena igualdade.

Essa chegada ao mundo não humano consistiria no “elo perdido” para o desenvolvimento sustentável e para a justiça ecológica, preservando a integralidade

¹⁴²⁸ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 120/9.

¹⁴²⁹ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 129-142.

do sistema planetário, como uma meta desejável para a maioria das pessoas.

Não obstante, o longo caminho rumo a esse ideal é árduo. E nesta jornada, enquanto a sociedade não alcança a necessária evolução, incontáveis conflitos, especialmente jurídicos, surgirão, e, quando não solucionados pacificamente e espontaneamente pela sociedade em geral, necessitarão de uma resposta estatal por intermédio da Jurisdição.

Jared Diamond, igualmente mencionado por Bosselmann, destaca cinco fatores que contribuem para o colapso das civilizações: 1) mudança climática, 2) vizinhos hostis, 3) parceiros comerciais, 4) problemas ambientais, 5) resposta da sociedade aos seus problemas ambientais. Os quatro primeiros podem ou não ser cruciais para o fim da sociedade, mas o quinto sempre será determinante¹⁴³⁰.

Assim, torna-se imperioso fazer uma reflexão estatal sobre a forma como os conflitos jurídicos são hodiernamente solucionados pela sociedade, e em especial como o Estado, detentor do monopólio da Jurisdição, tem se organizado para o exercício da função jurisdicional e se isso tem sido minimamente efetivo para enfrentar os problemas gerais.

A resposta à presente reflexão é reconhecidamente negativa, pois as decisões jurídicas ambientais não têm sido efetivas – levando-se em consideração especialmente o tempo de resposta da Jurisdição heterocompositiva estatal, sem adentrar aos respectivos conteúdos decisórios. Assim, precisamos fazer uma nova ponderação: se isso é determinante para o futuro da humanidade, estaremos caminhando para o colapso¹⁴³¹ da civilização?

¹⁴³⁰ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 27.

¹⁴³¹ "O mundo caminha em direção ao colapso pela constatação míope da crise ecológica, pois a maioria das pessoas e dos governantes que elaboram e executam importantes políticas públicas ainda não consegue pensar globalmente os problemas ambientais. A pauta de preocupações ainda está restrita aos problemas visíveis, relacionados com fatos concretos e ocorridos no entorno próximo, como é caso dos lixões, desmatamentos e queimadas. Falta uma sensibilização adequada das pessoas para a real dimensão da crise ecológica e da sua real ameaça à garantia da vida no

Observando os números informados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ¹⁴³² e expostos na presente pesquisa, para ficarmos apenas com a abordagem da realidade nacional brasileira, o Judiciário conta hoje com aproximadamente 100 milhões de processos, para uma população de 200 milhões de pessoas. Se formos considerar que cada processo é composto em regra por um autor e um réu, ou seja, duas pessoas sendo uma em cada um dos polos, poderíamos dizer, grosso modo, que cada habitante do país possui um processo judicial em tramitação.

Os dados estatísticos apresentados pelo CNJ revelam também que o primeiro grau de Jurisdição baixou 24,3 milhões de processos no ano de 2014, demonstrando que sua capacidade produtiva anual é de 27% da demanda, analisando a relação “casos novos” somados ao “acervo” impostos à sua respectiva apreciação, concluindo-se que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição deles por quase quatro anos. Ou seja, seriam quatro anos sem o ingresso de nenhum processo novo até que se regularizasse a situação, que possivelmente voltaria a estar caótica em poucos anos, demonstrando o verdadeiro colapso em que se encontra, senão a civilização brasileira, certamente o atual sistema jurisdicional que, não obstante o elevado índice de julgamento por parte dos Magistrados, piora a cada ano que passa¹⁴³³.

E quando tratamos do tema “problemas ambientais” enfrentados pela Jurisdição, precisamos ter em mente a sistemática aplicada em todas as suas dimensões e nos mais diversificados setores da atividade humana. Nessa seara inexistem “razões óbvias para supor que apenas as necessidades materiais são significativas (condições de vida saudável ou proteção contra a pobreza)”, pois “com análoga justificativa pode-se incluir as necessidades imateriais, como a liberdade,

planeta”. BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402, p. 326-343. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885>. Acesso em: 1 jul. 20. p. 336.

¹⁴³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 4 fev 2015.

¹⁴³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos 2014**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 3 fev 17.

segurança, educação ou justiça”¹⁴³⁴.

Sem olvidar, nesse cenário, conforme destacado anteriormente, que o mundo globalizado e industrializado atingiu um nível tão elevado de complexidade que tornou inviável a aplicação de soluções rápidas, porquanto o uso de métodos tradicionais para a sustentabilidade não faz diferença prática significativa. Por isso a necessidade premente de modificarmos a forma como encaramos os problemas da sociedade, e na Jurisdição não pode ser diferente. É urgente e condicionante a exigência de reformulação das estruturas para a tomada de decisão jurídica em geral e especialmente a ambiental, passando não somente pela modificação da cultura e adoção de métodos não adversários de solução dos conflitos, mas também da própria reestruturação do Estado.

Nessa esfera de colapso universalizado da Jurisdição, uma das alternativas viáveis ao Estado seria o melhor aproveitamento de seus recursos, especialmente dos conhecimentos técnicos interdisciplinares¹⁴³⁵ existentes em seus diversos órgãos que produzem decisões jurídicas – como é a proposta da Jurisdição Plural registrada à frente na presente pesquisa –, ampliando seus órgãos jurisdicionais, multiplicando a capacidade de julgamento e diminuindo o tempo de resposta na tomada da decisão – com o auxílio de mecanismos humanos e cibernéticos, como se verá adiante no capítulo 10.

A Jurisdição Plural desenvolvida nos capítulos seguintes da presente pesquisa poderia ser, dessa forma, um mecanismo jurisdicional auxiliar para a

¹⁴³⁴ BOSSELMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 52.

¹⁴³⁵ Extrai-se da obra Curso de Filosofia Jurídica: “A sétima colocação se refere ao reconhecimento da abordagem interdisciplinar da atividade decisória, haja vista a prévia admissão de que incontáveis tipos de argumentos são empregados pelas pessoas para preverem as consequências jurídicas de suas condutas e agirem em conformidade com tal prognóstico. A interdisciplinariedade é a intersecção de dois ou mais ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento. Tal conceito operacional reflete a circunstância de que o conhecimento pode ser concebido como um todo único, porém dividido em diversos ramos, consoante critérios classificatórios adotados pela comunidade científica, apenas para facilitar o aprendizado, ao compartimentar (departamentalizar) as diversas especialidades”. ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 349

efetivação da sustentabilidade proposta por Bosselmann para dar vida à justiça ecológica diante do esgotamento, ou funcionamento insuficiente, dos atuais modelos jurisdicionais existentes nos Estados ocidentais democráticos – sem excluir nesse panorama, por certo, meios e mecanismos alternativos para a solução dos conflitos, ao contrário, pois com eles se harmonizaria perfeitamente.

Nesse viés, a sustentabilidade seria aplicada e observada em dois contextos distintos: o primeiro deles, de maneira mais evidente, auxiliaria efetivamente na agilização da resposta social aos seus problemas ambientais, em sentido amplo, diante da agilidade nos julgamentos jurisdicionais do Estado, evitando-se, assim, conforme preceituou Jared Diamond, o extermínio da sociedade perante a inanição da atual estrutura jurisdicional posta à disposição e da incapacidade da resolução dos conflitos em tempo hábil.

O segundo seria a instituição ou inserção de uma nova classificação de sustentabilidade dentro da dimensão social. A dimensão social da sustentabilidade, que tangencia em sentido geral as relações humanas e seus consectários, como¹⁴³⁶, por exemplo, a pobreza, a produção e o consumo, a saúde, as aglomerações de pessoas e os processos coordenados de decisão, poderia recepcionar e incluir em uma de suas facetas a própria Jurisdição¹⁴³⁷.

É importante destacar, nesse ponto, que a Jurisdição Plural aqui proposta na segunda parte desta pesquisa elevaria o patamar de acesso à Jurisdição diante da multiplicação dos órgãos estatais responsáveis pela elaboração de decisão jurídica em sociedade, primado universal tão exigido atualmente diante de um mundo onde grande parte das políticas públicas e da efetivação das subdimensões da sustentabilidade social, tanto para a sua concretização quanto para o seu

¹⁴³⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48.

¹⁴³⁷ "Uma das principais decorrências da juridicização da sustentabilidade é a vinculação ética e jurídica que este princípio estabelece com as futuras gerações. Trata-se de um novo e revolucionário conteúdo que se agrega à teoria da justiça que densifica e fortalece os vínculos com o futuro". BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. p. 338.

alcance, passa pelo Judiciário – ao menos enquanto mantivermos um mundo globalizado com elevados índices de judicialização dos problemas ambientais.

O princípio do acesso à justiça, destacado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem papel essencial na formação e no desenvolvimento do “Estado Democrático de Direito”, pois materializa direitos fundamentais por meio da Jurisdição justamente diante da sociedade ser, em regra, desprovida de outros instrumentos que tornem a proteção automatizada ou que transformem o discurso ideário em prática efetiva.¹⁴³⁸

Dessa forma, vislumbra-se que, em razão do monopólio da Jurisdição exercido pelo Estado com o escopo de garantir não apenas a sustentação do próprio Estado Democrático de Direito por meio do exercício da cidadania, mas especialmente a preservação do meio ambiente, à população deve ser garantido o amplo e irrestrito acesso ao sistema de Justiça, notadamente por intermédio da Jurisdição Plural, solidificando valores de uma racionalidade pública assumida em busca da justiça ecológica com a interdependência entre a humanidade e a natureza.

A Jurisdição Plural proposta a seguir na presente pesquisa, além disso, atenderia ao 16º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, consistente na “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”.¹⁴³⁹

Trabalhado de maneira correta na Jurisdição Plural, especialmente de modo a respeitar a segurança jurídica e o devido processo legal, diversos órgãos públicos, atualmente subutilizados, se ganhassem vida recebendo parcela da Jurisdição – como objetiva e propõe a Jurisdição Plural –, além de acesso à justiça,

¹⁴³⁸ MEDEIROS, Luiz César. **O formalismo processual e a instrumentalidade: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais**. 3 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p 86.

¹⁴³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 1 jul. 20.

gerariam economia, desburocratização e agilidade à máquina estatal, em evidente benefício para a sociedade como um todo.

Essa evolução auxiliaria a tornar a Jurisdição sustentável em sua organização interna e possibilitaria a produção de efeitos externos com a otimização da resolução dos conflitos questionados dentro do Poder Judiciário com matérias que envolvem todas as esferas da sustentabilidade. Seria uma nova visão de governança para a Jurisdição estatal, que se não puder ser encarada como um mecanismo de integração da sustentabilidade como um todo, pode ser vislumbrada ao menos como um novo espectro dentro da dimensão social da sustentabilidade.

Como antes registrado, não podemos esquecer que a sustentabilidade é um objetivo muito mais amplo e ambicioso do que o mero desenvolvimento sustentável, pois desloca o ser humano do centro para o situar em igualdade com os demais seres vivos, sem, é claro, desgarrar-se da necessária evolução e crescimento.¹⁴⁴⁰

Por isso, não se pode olvidar que a sustentabilidade é dividida classicamente em três dimensões: a ambiental, a econômica e a social. A ambiental é a mais conhecida e tradicional delas, e cuida da sobrevivência do ecossistema planetário. A econômica busca alcançar um duplo desafio: a geração de riqueza por um modo sustentável e a fixação de instrumentos que possibilitem uma justa e homogênea distribuição de renda.

A dimensão social da sustentabilidade é a que apresenta o espectro mais amplo abarcando praticamente toda a atividade humana, objetivando uma nova arquitetura social que possibilite o desenvolvimento de uma vida digna a todos. O

¹⁴⁴⁰ Conceitos finais e conclusão deste tópico extraídos de: CRUZ, Paulo Márcio, REAL FERER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos**. Revista Sequencia. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015. Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em: 1 jun. 2020.

progresso dessa dimensão exigirá a reconsideração das atuais regras e instituições, reformando-as ou substituindo as que não estiverem voltadas para esta finalidade (consecução de uma sociedade mais justa, inclusiva e humana).

Sem esquecer igualmente as demais facetas da dimensão social: as que hoje se destacam são a luta contra a exclusão social e a nova governança estatal. A exclusão social pode derivar tanto do grupo de países que se situa à margem do desenvolvimento mundial – exclusão planetária, integrada pela maior parte dos países – quanto de pessoas ou pequenos grupos discriminados que formam uma sociedade sem esperança, migrando de um lugar para outro, onde sempre são rejeitados (pessoas que não têm acesso a recursos, materiais ou não, relações sociais e direitos legalmente reconhecidos; vide os refugiados que se lançam em direção à Europa).

O outro viés dessa dimensão trata dos novos modelos de governança, consistente no desafio de estabelecer instituições sustentáveis em nível local, nacional e global, ultrapassando o conjunto de regras e o sistema governamental tradicional – como se propõe a fazer por meio da Jurisdição Plural.

A alteração da sistemática exigirá grande atuação por parte do Estado, abandonando a tradicional pauta imediatista de resolução de problemas isolados para se preocupar com o futuro do planeta e a coexistência de vidas com dignidade, consolidando, dessa forma, uma nova meta axiológica.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 6

JURISDIÇÃO PLURAL: GÊNESE

6.1 CONCEITO POLISSÊMICO DA CATEGORIA JURISDIÇÃO

Como se observa na doutrina jurídica, conceituar a Jurisdição é uma tarefa complexa que exige a observância do período histórico, jurídico e político, não apenas do Estado mas da própria evolução humana, e dificilmente se obtém uma definição que se enquadre em todos os ordenamentos jurídicos existentes. Por isso, menos desafiadora é a atividade de encontrar notas diferenciadoras do que conceituar definitivamente a Jurisdição. Em razão disso, não se pretende formular nenhum conceito sobre o que é a Jurisdição ou a função jurisdicional, mas tão somente refletir sobre as suas inúmeras variantes.

A narrativa abaixo contém uma série de conceitos, diversamente formulados por inúmeros doutrinadores, assim como variadas concepções igualmente diversificadas. Para cada ideia lançada há, na sequência, uma abordagem reflexiva, extraída também da doutrina, apontando a dificuldade em se definir o conceito operacional da categoria Jurisdição somente a partir daquele conteúdo. O desenvolvimento é intrincado e acompanha a própria complexidade que envolve a tentativa de conceituar a Jurisdição – o conteúdo é integralmente retirado da doutrina, com poucas e pontuais inserções complementares efetuadas pelo autor da presente pesquisa.¹⁴⁴¹

¹⁴⁴¹ Toda a narrativa do tópico foi lastreada nos autores citados.

A categoria Jurisdição deriva da conjugação das expressões latinas “*juris*”, que significa direito, e “*dictionis*”, que pode ser traduzido como a ação de dizer algo, no caso, dizer o direito. Aproximando-se da tradição da família romano-germânica, o conceito de Jurisdição transitou durante os diversos períodos de Roma: na república, compreendia apenas a “*jurisdictio*”, consistente em dizer o direito por meio dos jurisconsultos, enquanto os pretores detinham o poder de *imperium* para executar as sentenças. Posteriormente, no período do império, os pretores concentraram também a “*jurisdictio*”, passando a existir um poder misto – *imperium mixtum* – que compreendia além do poder de império – executar – também o poder jurisdicional – julgar.¹⁴⁴²

A ideia concebida em Roma de que a Jurisdição não consistia apenas em dizer o direito, mas principalmente na capacidade de executar¹⁴⁴³ seus julgados, perdurou até a idade média, quando os glosadores interpretaram obras do período republicano romano para retroceder na conceituação e sedimentar que a Jurisdição incidia apenas na declaração do direito durante o processo de conhecimento, de modo afastado da execução – *jurisdictio in sola notione consistit*.¹⁴⁴⁴

A Jurisdição, enquanto manifestação do “*ius dicere*”¹⁴⁴⁵, não obstante a sua mutação no decorrer dos diversos períodos históricos, detém a mesma essência desde o império romano até os nossos dias. Assim, a natureza da Jurisdição é anterior e independente ao Estado, sendo somente por circunstâncias históricas que ele detém o seu monopólio. Em razão disso, para a sua definição contemporânea, o

¹⁴⁴² RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 161.

¹⁴⁴³ “Em outras palavras: a essência da jurisdição não se encontra no julgar, como enganadoramente parece decorrer de seu étimo, mas nos poderes de coerção e de sub-rogação”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 162.

¹⁴⁴⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 159-162.

¹⁴⁴⁵ No mesmo sentido: “La *jurisdicción* tradicionalmente se concibe como una función derivada de la soberanía del Estado y que, consiguientemente, tan sólo al mismo incumbe. Tanto si se entiende la *jurisdicción* como vocablo que significa ‘*ius dicere*’ (decir el Derecho), como se se piensa que proviene de ‘*jurisdictio*’ (lo que subraya la nota de aplicación de Derecho), como si cree que deriva de ‘*ius dicere debere*’ es decir, la obligación de hacer justicia, nos encontramos con que se trata de una de las ineludibles actividades del Estado que en ejercicio de su soberanía ha de realizar el orden jurídico, a través de la aplicación de Derecho objetivo, lo que se traduce en la tutela y seguridad de los derechos subjetivos de los ciudadanos”. ALGAZA VILLAAMIL, Óscar. **Comentario Sistemático a la Consitución Española de 1978**. p. 548.

que interessa apontar, então, é a sua relação com o complexo organizativo estatal, mais precisamente a sua relação com a função jurisdicional, ou com o Poder Judiciário¹⁴⁴⁶, assim como os condicionamentos deste com os demais Poderes e órgãos públicos¹⁴⁴⁷, questões que, em realidade, só tem sentido dentro da configuração adotada pelo Estado moderno surgido nas revoluções liberais do século XVIII.¹⁴⁴⁸

Desde então¹⁴⁴⁹, de um modo geral, os juristas têm procurado caracterizar a Jurisdição de diversas maneiras, notadamente desenvolvendo as ideias de lide, de substituição, de coisa julgada e de imparcialidade¹⁴⁵⁰.

Possivelmente, o que está no fundo do debate acerca do conceito de Jurisdição, e o que faz tão excessivamente rico em opiniões encontradas, é uma mistura da questão dos fins da Jurisdição e da forma como esta é atualmente exercida com o problema de distinguir ela de outras funções desenvolvidas pelo Estado através de seus órgãos, situação imbricada ainda mais diante do fato da doutrina processualista – de onde se extrai a maior parte da sua conceituação –, em regra, tomar como ponto de partida os modelos clássicos da Jurisdição civil e penal deixando de lado, ou ao menos não examinando com a mesma profundidade, os modernos processos “contencioso-administrativo” e constitucional a partir das mais

1446 O Judiciário é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas, dotado de independência e imparcialidade para garantir ao cidadão a consolidação dos princípios supremos e direitos fundamentais imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas. BULOS, Uadi. L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1244.

1447 OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 23/4.

1448 ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 156.

1449 “Começamos por lembrar que Giuseppe Chiovenda, inspirador de muitos processualistas italianos e brasileiros, centrava o seu conceito nas ideias de atividade do Estado, de caráter substitutivo, que visava à aplicação do direito positivo.¹ Outro processualista clássico, cujas ideias também influenciaram o pensamento de inúmeros processualistas, Francesco Carnelutti, fiel ao seu modelo de processo centrado na figura da lide, chegou a prelecionar que o fim do processo era a “justa composição da lide”.² Numa outra perspectiva, é digno de menção o pensamento de Allorio, para quem o ponto de destaque da ideia de jurisdição, que a diferenciava de atividades como a de administração, era a coisa julgada.³ Só as decisões jurisdicionais são suscetíveis de adquirirem a imutabilidade própria da coisa julgada material. Os inúmeros conceitos que a doutrina elaborou ao longo do século passado giraram fundamentalmente em torno dessas três grandes balizas. É claro que podemos identificar variações ou posições originais, mas os autores brasileiros, de uma maneira ou de outra, se filiavam, basicamente, à ideia de substitutividade⁴ e atuação da vontade da lei, de composição da lide e da formação de coisa julgada”. SOUZA, André Pagani de, et al. **Teoria geral do processo contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 146.

1450 TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 134.

recentes dimensões de direitos.¹⁴⁵¹

Desse ponto de vista da função ou fim da Jurisdição, se existe algo em comum que se pode afirmar em todas as manifestações sobre o respectivo conceito é a pretensão de **preservação, tutela e observância do ordenamento jurídico**.

Essa finalidade da Jurisdição, contudo, é igualmente compartilhada com a função executiva-administrativa do Estado; mas enquanto a primeira possui a capacidade de imunizar a sentença, a segunda, apesar de idêntica na essência, não possui os efeitos da *res judicata*. Essa diferenciação em regra se dá porque o Estado, enquanto “administração”, ao tomar a decisão jurídica, normalmente o faz com o escopo voltado ao interesse geral, ou político de governo, para além da mera pacificação do conflito jurídico, e não com a intenção de outorgar direitos individuais; o julgador, assim, não teria imparcialidade, acarretando a necessidade de sua decisão poder ser revista por outro órgão independente no exercício da função jurisdicional.¹⁴⁵²

Ao tratar da diferença entre a função executiva administrativa e a função jurisdicional na tomada da decisão jurídica¹⁴⁵³, observa-se usualmente que esta última é qualificada como uma função existente para resolver litígios entre as partes que entram em conflito intersubjetivo de interesses na qual alguém pretende algo frente a outro que oferece resistência, enquanto este litígio não estaria, em tese, presente na tomada de decisão jurídica administrativa.¹⁴⁵⁴

Estaria esta diferença sedimentada nos efeitos primário e secundário da

¹⁴⁵¹ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 24.

¹⁴⁵² OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 30.

¹⁴⁵³ “Mais difícil é estrear a jurisdição da administração. [...] Cristofolini [...] diz que a distinção entre ambas não repousa tanto sobre uma base lógica quanto sobre uma base histórica e política, e conclui que a administração é atividade do Estado dirigida à consecução de suas funções mediante a substituição daquele interesse que o Estado considera seu, ao passo que a jurisdição é a atividade do Estado orientada para o fim de assegurar a substituição do interesse coletivo, a composição das lides mediante o estabelecimento de ordens concretas dirigidas aos titulares dos interesses em luta, o que, no fundo, é o mesmo que disse Chiovenda”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 561.

¹⁴⁵⁴ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 20.

Jurisdição como decorrência das relações sociais. A atividade administrativa seria atividade primária enquanto prevista para ser cumprida de maneira direta e imediata em relação ao particular, porquanto, em contrapartida, a atividade jurisdicional seria secundária, pois se apresentaria somente quando as normas jurídicas fossem desrespeitadas e não cumpridas espontaneamente, exigindo um mecanismo para assegurar, voluntária ou forçosamente, a observância do ordenamento jurídico¹⁴⁵⁵.¹⁴⁵⁶ Conforme destacado por Grau¹⁴⁵⁷, a atividade da administração seria de execução das normas gerais, enquanto a jurisdicional de aplicação das normas gerais.

Zippelius, por sua vez, expõe, não obstante identificar tanto uma quanto outra como atividades pré-programadas por lei¹⁴⁵⁸, uma sutil diferença entre a administração executiva e a Jurisdição apontando que, enquanto a Jurisdição lança seu olhar retrospectivo para uma situação jurídica criada, a administração segue o caminho contrário, cumprindo tarefas públicas, contornando situações jurídicas e de fatos concretos sempre em uma perspectiva futura, em conformidade ao direito pré-existente.¹⁴⁵⁹

Nesse tocante, Kelsen afirmou ser impossível fazer qualquer distinção entre as funções executivas e jurisdicionais (*legis executio*), tanto que separou as funções políticas do Estado de maneira dual (criação e aplicação do direito, e não de

¹⁴⁵⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan F. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009. p. 418.

¹⁴⁵⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>. p. 127.

¹⁴⁵⁷ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 167.

¹⁴⁵⁸ “A administração executiva tem de aplicar as normas jurídicas na medida em que a sua execução foi erigida em fim público. Além disso, através da administração da justiça têm de se tomar as medidas necessárias para os casos em que sejam infringidas normas jurídicas. Se nos servirmos da distinção feita entre decisões programantes e programadas, então – numa generalização positiva – os actos administrativos de execução das leis e os actos jurisdicionais surgem como atividades genericamente pré-programadas por lei”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 471.

¹⁴⁵⁹ “A função de garantia do direito revela-se como a função típica da jurisdição. A jurisdição estabelece, no interesse da própria realização do direito, o que é direito. Diferentemente, a administração, mais precisamente também a administração ‘executiva’ estritamente vinculada à lei, faz um uso ‘instrumental’ do direito, na medida em que, para cumprir as tarefas públicas, conforma e regula situações jurídicas e de facto com base nas, e no quadro das, leis, se possível segundo critérios de adequação material”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 471/2.

forma tripartida: legislativa, executiva e jurisdicional). Pra Kelsen, a decisão judiciária poderia se distinguir da administrativa por pressupor uma controvérsia prévia, mas que também poderia existir no âmbito do processo administrativo.¹⁴⁶⁰

Aduz também que as decisões da administração estariam calcadas no direito administrativo, enquanto as judiciais no direito civil e penal, mas ambas teriam a função e estabelecer um ato qualificado como infração disposto em uma norma geral a ser aplicada em um caso concreto somado à ordenação de uma sanção. Conclui Kelsen que eventual distinção entre as duas funções poderia estar na independência do julgador judicial, mas que esta independência também poderia existir no julgador administrativo, por isso qualquer monopólio da função jurisdicional ao Judiciário teria mais o caráter histórico-político do que jurídico.¹⁴⁶¹

Nesse cenário, é possível observar no arcabouço estatal órgãos públicos alheios ao Poder Judiciário que dirimem conflitos entre particulares, sem estar em um dos polos o Estado, e sem que haja qualquer interesse público, primário ou secundário, social, estatal ou político no desfecho processual, possibilitando a imparcialidade do julgador, e mesmo assim essa atividade não é considerada jurisdicional. Na teoria, portanto, não haveria diferença; dessa forma, apesar de notória na doutrina jurídica a diferenciação entre as funções jurisdicional e administrativa, na prática, em algumas oportunidades, elas em nada se diferenciam – seria jurisdicional, assim, aquilo que o ordenamento jurídico estatal assim dissesse, pouco importando se a origem da decisão jurídica adviesse do Executivo ou do Judiciário; esse tema será desenvolvido no decorrer na presente pesquisa.

Como se vê, há pontos nebulosos para sedimentar um conceito definitivo de Jurisdição mesmo considerando como ponto de partida a reconhecida diferenciação entre as funções executiva e jurisdicional do Estado.

Avançando, a dificuldade não diminui mesmo quando a função

¹⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 390/9.

¹⁴⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 390/9.

jurisdicional é considerada isoladamente.

A partir de uma doutrina eminentemente processualista, a Jurisdição pode ser classificada como subjetiva enquanto tem por finalidade tutelar direitos subjetivos dos particulares - que atualmente goza de muito pouca aceitação; e objetiva, que parte da ideia de que a Jurisdição é a atuação do direito objetivo, buscando também a diferenciação com a administração, além das teorias mistas, que procuram a composição de fatores para a definição do conceito e extrair a nota diferencial da Jurisdição.¹⁴⁶²

Contemporaneamente, de modo mais destacado, Carnelutti¹⁴⁶³ apresentou uma conceituação finalística para a Jurisdição com o viés de justa **composição da lide** por meio da resolução do conflito¹⁴⁶⁴ de interesses qualificado por uma pretensão resistida, inserindo a “lide” no conceito de exercício da Jurisdição – na Jurisdição voluntária¹⁴⁶⁵, diante dessa concepção, não haveria Jurisdição; igualmente na seara penal. Posteriormente, Carnelutti acrescentou ao seu conceito também a execução de uma pretensão insatisfeita, para tratar da execução, assim como o processo cautelar como um dos fins da Jurisdição^{1466, 1467}.

¹⁴⁶² ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 156.

¹⁴⁶³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. I. 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Título original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

¹⁴⁶⁴ “De esta manera la jurisdicción llega a identificarse, a la postre, como potestad pública para la satisfacción de pretensiones mediante la aplicación del Derecho, con ocasión de un conflicto intersubjetivo al que pone fin garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos (Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, 1989, pp. 51 y 52), y así, especificándose aún más la potestad jurisdiccional por su carácter eminentemente reparador, al referirse a controversias previas, en tanto que decisión conflictual ex post de las mismas (Manuel SERRA DOMINGUEZ, 1978, p. 391)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 91/2.

¹⁴⁶⁵ “[...] jurisdição contenciosa e voluntária: essas espécies de jurisdição pertencem especificamente ao processo civil. O elemento principal a diferenciá-las está no fato de que na jurisdição contenciosa há um conflito de interesses, enquanto na jurisdição voluntária há uma pretensão comum”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 168.

¹⁴⁶⁶ “La Jurisdicción es un poder o, si se quiere una potestad que deriva de la soberanía del Estado y que tiene virtualidad para imponer lo que constituye su ejercicio - juzgar y hacer ejecutar lo juzgado - , aunque sea contra la oposición de los afectados, ‘como fuerza de mando jurídicamente vinculante para terceros’, en frase de Fairen, o ‘como consecuencia de esa potencia de mandar que encierra destinada a la protección de intereses de los otros’, en expresión de Carnelutti”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 157.

¹⁴⁶⁷ DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Breves lições sobre jurisdição, processo e ação em**

Assim, a ideia do litígio é a base processual para se conceituar a Jurisdição enquanto capacidade de resolução de conflitos¹⁴⁶⁸ ou concessão de direitos. Porém, ela é insuficiente para conceituar outros atos jurisdicionais tomados dentro da própria dimensão social¹⁴⁶⁹, como a Jurisdição voluntária ou quando a atuação do juiz é determinada pela lei para salvaguardar interesses coletivos – como, por exemplo, autorização¹⁴⁷⁰ de transplante de órgãos humanos¹⁴⁷¹. O litígio também pode não estar presente na dimensão jurídica¹⁴⁷² da Jurisdição, responsável, em linhas gerais, pela interpretação e manutenção do ordenamento jurídico, nem mesmo da dimensão política¹⁴⁷³ da Jurisdição, quando exercido o

Francesco Carnelutti. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 10 – ago./dez. 2014 – ISSN 2176-977X.

¹⁴⁶⁸ Destaque-se, que, com relação ao conflito, por exemplo, Dinamarco explica que a categoria expandiria seu conceito operacional para englobar toda espécie de conflito, nos seguintes termos: “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. E, em nota de rodapé, complementa: “Reiteram-se aqui esclarecimentos feitos antes: a) o conflito a que nesse estudo se alude não é o ‘conflito de interesses’ da teoria carnellutiana [...]; b) conseqüentemente, reafirma-se o repúdio ao método centrado na lide [...]; c) os conflitos aqui referidos não só aparecem nos processos civis cognitivos de natureza condenatória e constitutiva, mas também meramente declaratória; não só em processos civis cognitivos de natureza condenatória e constitutiva, mas também meramente declaratória; não só em processos civis cognitivos, mas também cautelares ou executivos; não só em processo civil, mas também em processo penal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 191.

¹⁴⁶⁹ Dimensões política, jurídica e social serão abordadas na sequência. O escopo da dimensão social é a pacificação e a aplicação do direito no caso concreto.

¹⁴⁷⁰ Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 1 fev. 20.

¹⁴⁷¹ Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização. § 1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, e firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. § 2º Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau, deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau. § 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano de falecidos incapazes, nos termos da lei civil, dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o poder familiar exclusivo, a tutela ou a curatela. § 4º Os casos que não se enquadrem nas hipóteses previstas no § 1º ao §3º dependerão de prévia autorização judicial. BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

¹⁴⁷² Dimensões política, jurídica e social serão abordadas na sequência. O escopo da dimensão jurídica é a manutenção do ordenamento jurídico, inclusive em seu viés constitucional.

¹⁴⁷³ Dimensões política, jurídica e social serão abordadas na sequência. O escopo da dimensão política seria resguardar a democracia popular, o equilíbrio entre os Poderes e a própria constituição.

controle de constitucionalidade¹⁴⁷⁴ e a organização das eleições buscando assegurar a democracia do Estado constitucional.¹⁴⁷⁵ Nesses casos, pode ou não haver resistência ou conflito a ser dirimido por meio da decisão jurídica, portanto o litígio também é insuficiente para caracterizar e conceituar o exercício da Jurisdição.¹⁴⁷⁶ Aliás, diversos órgãos públicos proferem decisões jurídicas para compor lides e dirimir litígios além do Poder Judiciário, sem que suas decisões sejam consideradas jurisdicionais.

Ainda, a conceituação de Jurisdição a partir da satisfação de uma pretensão também torna o conceito incompleto, pois é certo que tal satisfação de pretensão é igualmente formulada perante atividades consideradas administrativas que não são qualificadas de nenhum modo como jurisdicionais. Afinal, diante da administração pública também se buscam pretensões. Imaginar o contrário, limitando, por sua vez, o conceito de pretensão somente naquela formulada perante um órgão judiciário acabaria simultaneamente por inutilizar o próprio conceito de pretensão para definir a Jurisdição.

Complementando a reflexão, a proposta de Canelutti apresenta, segundo Rodrigues, ao menos dois defeitos: o primeiro é que o conceito de lide não se amolda ao conceito de pretensões que envolvem direitos difusos, e o segundo é que a lide pode ser resolvida por intermédio de processo administrativo não jurisdicional.¹⁴⁷⁷ Não obstante essas características aparentemente “defeituosas”, a ideia de Canelutti se repetiu na doutrina e, de certa forma, persiste até os dias de hoje¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ O juiz, ainda, no tocante às dimensões política e jurídica da Jurisdição, pode inclusive declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da normatização sem que ninguém haja formulado sequer pretensão nesse sentido, ou seja, de ofício. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 22.

¹⁴⁷⁵ O mesmo se diga, por exemplo, ao processo penal - em que não há lide, mas pode haver “litígio” - , em que o réu é confesso desde o início e não opõe resistência, e mesmo assim seria necessária uma sentença, ainda que absolutória, para resolver o processo. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 29.

¹⁴⁷⁶ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 21.

¹⁴⁷⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 163.

¹⁴⁷⁸ Nesse sentido: “Para desempenho da função [...], estabeleceu-se a *jurisdição*, como *poder* que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra

Chiovenda¹⁴⁷⁹, por sua vez, conceituou a Jurisdição a partir da **aplicação** da vontade da lei por intermédio dos órgãos públicos em **substituição**¹⁴⁸⁰ às partes¹⁴⁸¹ – para ele, a nota caracterizadora seria a atividade substitutiva, que ocorreria tanto na cognição, como na execução processual, inserindo, desde logo, a fase de execução¹⁴⁸² dos julgados dentro do conceito de Jurisdição, concentrando-se nela a própria essência da Jurisdição.¹⁴⁸³ Mantinha ele, em sua visão¹⁴⁸⁴, conforme afirmado por Marinoni, a ideia de que as funções estatais legislativas e jurisdicionais seriam antagônicas, cabendo ao juiz apenas aplicar a lei de modo

jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. Não foram, porém, instituídos os órgãos jurisdicionais para definir academicamente meras hipóteses jurídicas, nem tampouco para interferir *ex officio* nos conflitos privados de interesse entre os cidadãos. A função jurisdicional só atua diante de *casos concretos* de conflitos de interesse (*lide ou litígio*) e sempre na dependência da invocação dos interessados, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de duas normas nos negócios jurídicos praticados”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51 ed. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 42.

¹⁴⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução de Paolo Capitanio. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

¹⁴⁸⁰ “Ao caracterizar-se a jurisdição como atividade de substituição, é preciso que se aponte, com clareza, quem é o substituído. Dizer que o juiz substitui “todos os cidadãos” não tem sentido ou tem apenas o de indicar que ele executou atividade estatal”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 136.

¹⁴⁸¹ Em sentido semelhante: “A jurisdição é o poder estatal, emergente da soberania ou de suas divisões políticas autônomas, de decidir os conflitos de interesses que submetem à decisão dos seus órgãos as pessoas físicas ou jurídicas que integram a comunidade, inclusive a administração do próprio Estado, como partes, as quais a ordem jurídica transfere o dever de resolvê-los conforme a lei, bem assim a execução da sentença e as demais decisões do processo contencioso e do voluntário, inclusive as do processo penal”. RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

¹⁴⁸² “Vale a pena mencionar que as medidas coercitivas decididas pelos tribunais são efetivamente levadas a cabo por órgãos administrativos, tais como os inspetores de uma prisão, carrascos e outros. Estes não são considerados ‘juizes’ apesar do fato de a sua função ser certamente uma parte orgânica da função judiciária”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 400.

¹⁴⁸³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 162.

¹⁴⁸⁴ “A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, ‘consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei em relação às partes’. Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, ‘não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei’. Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Cernelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença)”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 12.

silogístico ao caso concreto, sem nenhuma atividade criadora do direito.¹⁴⁸⁵

Mas a característica da substituição, acompanhando Tesheiner, encontra grandes entraves para a definição de um conceito de Jurisdição, primeiramente na necessidade de se apontar, com clareza, quem se está substituindo, pois afirmar que o juiz substituiu todos os cidadãos carece de sentido; no processo de conhecimento, não se pode dizer que o juiz substitui o autor quando profere uma sentença de improcedência, ou o réu quando a sentença de procedência: “se afirmamos que substitui quem tem *ratio*, fica por explicar por que não bastou a anterior afirmação de seu direito feita pelo vencedor”. Se a sentença substitui o acordo das partes, ela seria um sucedâneo da defesa privada; na esfera penal, a Jurisdição é atividade primária, e nunca em substituição. Diante disso, a atividade de substituição só teria cabimento se importasse em heterorregulação¹⁴⁸⁶. E na execução, o Estado substituiria apenas o credor, e não o devedor, ficando este alijado de qualquer direito, por mais fundamental que seja – diferentemente do que afirmou Chiovenda. Dessa forma, a atividade do juiz poderia se confundir com a imparcialidade.¹⁴⁸⁷

Em seu turno, Calamandrei¹⁴⁸⁸ apontou, em linhas gerais, duas características formadoras do conceito de Jurisdição, sendo **atividade substitutiva e declarativa do direito**¹⁴⁸⁹, acrescentando a elas uma nota distintiva consistente na

¹⁴⁸⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997.

¹⁴⁸⁶ “*Es de este modo que la potestad jurisdiccional se singularice constitucionalmente, frente a la concepción más genérica de administración de justicia - según hemos visto -, por su condición contenciosa, como instrumento de resolución de conflictos mediante la aplicación judicial del Derecho a través del proceso; y de ahí su naturaleza heterocompositiva, en razón al supuesto concreto en que se realiza, un conflicto o litigio de intereses o derechos intersubjetivos, como por el carácter dialéctico del método con que se desarrolla, el proceso, y las garantías que éste conlleva (Luiz María DíEZ-PICAZO, 1998b, pp. 74 y 75)*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 89.

¹⁴⁸⁷ “Ao caracterizar-se a jurisdição como atividade de substituição, é preciso que se aponte, com clareza, quem é o substituído. Dizer que o juiz substitui “todos os cidadãos” não tem sentido ou tem apenas o de indicar que ele executou atividade estatal”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 136.

¹⁴⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil segundo o novo código**. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*.

¹⁴⁸⁹ “*Puede consistir también en la simple declaración acerca de la existencia, inexistencia o modo de ser de un determinado derecho, por ejemplo en la declaración acerca del estado y condición jurídica de las personas, como la filiación (sentencias llamadas mero-declarativas) o en que se cree un*

coisa julgada¹⁴⁹⁰, conforme se extrai do escólio de Dinamarco. Seguindo os ensinamentos de Calamandrei, “Allorio deu um passo a mais ao caracterizar como jurisdicional apenas a sentença que produza certeza jurídica”, tomando como base a lição de Kelsen “no sentido de que as funções do Estado não se distinguem por seus fins (o juízo quanto à finalidade é sociológico), mas apenas pelas formas e consequentes efeitos”.¹⁴⁹¹

Essa acepção sobre o conceito de Jurisdição a partir da substituição, declaração do direito e fazimento da coisa julgada influenciou grande parte da doutrina jurídica nos Estados constitucionais ocidentais¹⁴⁹². Nesse rumo, Sanchez Barrilao definiu a Jurisdição como a forma de aplicar o direito que se distingue das demais em razão da irrevogabilidade da decisão, fazendo a coisa julgada¹⁴⁹³. Chimenti afirmou que o exercício da Jurisdição deve ser entendido como o poder de aplicar a lei ao caso concreto com a autoridade da coisa julgada, tornando imutáveis¹⁴⁹⁴ as decisões judiciais¹⁴⁹⁵. Otto aduziu que a única nota que diferencia a

estado jurídico nuevo o se modifique o extinga el existente (sentencias constitutivas) como ocurre en el ya citado caso del divorcio; [...] Estos casos en los que se constituye una situación jurídica no son tampoco privativos de la función judicial. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 25.

¹⁴⁹⁰ “[...] é de extrema fragilidade e chega a ser ingênua a crença de que o sistema processual jurisdicional tenha por escopo a produção de decisões, de título executivo ou da coisa julgada”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 210.

¹⁴⁹¹ TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 136.

¹⁴⁹² “Deixe-se claro, portanto, que as concepções de Carnelutti e Calamandrei, apesar de filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, não se desligaram da idéia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico, enquanto que, para as demais, a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p.16/7

¹⁴⁹³ “[...] cabe entender ‘aquella forma de aplicación del Derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por presentar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo. [...] la irrevocabilidad señalada es consecuencia del efecto de cosa juzgada [...], y este, a su vez, del principio da seguridad jurídica, [...] uno de los pilares del Estado de Derecho, lo es, sobre todo, por la función pacificadora que el derecho tiene en este contexto”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 89/90.

¹⁴⁹⁴ A irrevogabilidade consiste na imperiosidade imutável, isso é, no efeito de coisa julgada, no caráter permanente da decisão jurídica (coisa julgada formal) e na força do pronunciamento para obrigar a todos como ato de concretização imperativa do direito em um caso concreto, excluindo a possibilidade de retornar a tratar e decidir sobre o mesmo objeto anteriormente resolvido de maneira firme (coisa julgada material). OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 20.

¹⁴⁹⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 353.

Jurisdição de qualquer outra função de aplicação do direito é o seu caráter de irrevogabilidade¹⁴⁹⁶.

A questão da substituição, apresentada por Calamandrei como primeiro elemento do conceito de Jurisdição, contém a mesma problemática desenvolvida pelo conceito de Chiovenda, anteriormente exposta¹⁴⁹⁷. Aliado a esse primeiro elemento do conceito de Jurisdição trazido por Calamandrei estaria um segundo, consistente na ideia de declaração e aplicação do direito, que não é suficiente, também, por si só, para identificar a função jurisdicional de maneira distinta da função administrativa-executiva – conforme narrativa apresentada nas primeiras linhas deste tópico. A aplicação do direito, nesse sentido, produz-se tanto em uma sentença condenatória civil ou penal quanto em um ato administrativo que declara e impõe um dever em um caso concreto.¹⁴⁹⁸

Nesse contexto do estabelecimento de um ato qualificado como infração na norma geral a ser reconhecido na norma individual com a consequente aplicação da sanção, o próprio Legislativo¹⁴⁹⁹ poderia, em tese¹⁵⁰⁰, resolver um problema

¹⁴⁹⁶ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 20.

¹⁴⁹⁷ “As concepções de ‘justa composição da lide’ de Carnelutti, e de ‘atuação da vontade concreta do direito’, elaborada por Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. p. 15.

¹⁴⁹⁸ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 19.

¹⁴⁹⁹ O que poderia ser inconstitucional por ferir a reserva de Jurisdição, conforme expõe Canotilho: A reserva de Jurisdição “actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 664.

¹⁵⁰⁰ “A essencialidade da prossecução de um interesse público relativamente à caracterização da atuação da Administração como materialmente administrativa - e não como materialmente jurisdicional - é bem patente num caso, que, prima facie, poderia ser tido como paralelo ao presente: trata-se da situação decidida pelo Acórdão n.º 235/98, que julgou inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 94.º do Decreto-Lei n.º 264/86, de 3 de setembro, por violação da reserva da função jurisdicional (determinação administrativa de pagamento pelas agências de viagens e turismo de quantias aos seus clientes, a título de reembolsos ou indemnizações). Nesse caso, considerou o Tribunal que o ato administrativo que determinava a realização de tais pagamentos implicava «o exercício de uma atividade materialmente jurisdicional, que passa pela aplicação das regras do Código Civil e da legislação especial que regula os contratos celebrados entre essas agências e os respetivos clientes”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão n.º 510/2016*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/->

jurídico concreto por intermédio de uma lei¹⁵⁰¹, arbitrando, inclusive, indenização, substituindo o tribunal na resolução do conflito, o que também afastaria a conceituação de Jurisdição com base nessa premissa.¹⁵⁰²

A coisa julgada material, por sua vez, indicada por Calamandrei como elemento complementar do conceito de Jurisdição, poderia, em tese, ser uma nota diferenciadora, mas não supera o fato de que esses efeitos não ocorrem na Jurisdição voluntária¹⁵⁰³, nos atos processuais executivos e nas tutelas provisórias¹⁵⁰⁴, nas sentenças meramente processuais ou nas decisões de controle abstrato de constitucionalidade. No processo penal, em outro diapasão, um *habeas corpus* pode anular uma sentença transitada em julgado. Vincula-se ao conceito, assim, uma característica que admite flexibilização e que não é necessariamente imperiosa ao exercício da Jurisdição, muito embora a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre a questão jurídica seja uma prerrogativa indelével do Estado moderno – a “última palavra” será abordada de maneira mais aprofundada quando tratada da reserva de Jurisdição.¹⁵⁰⁵

/asearch/75581788/details/maximized?sort=whenSearchable&search=Pesquisar&sortOrder=DESC&emissor=Tribunal+Constitucional&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA. Acesso em: 1 jun. 2020.

¹⁵⁰¹ Vide, nesse sentido, lei editada pelo Legislativo que resolveu o conflito no caso concreto com relação aos anistiados políticos. Os artigos 4º e 5º estabeleceram, inclusive, o valor da indenização. BRASIL. **Lei 10.559**, de 13 de novembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10559.htm. Acesso em: 1 maio 2020.

¹⁵⁰² “[...] *la predeterminación del caso que éstas suponen y, a la postre, la resolución en vía legislativa del conflicto, impidiendo así a los Jueces que sean quienes verdaderamente solventen la disputa jurisdiccionalmente; y ello en particular respecto a las leyes autoaplicativas, al sustraer, de manera absoluta, el conflicto al Poder Judicial* (Santiago MUÑOZ MACHADO, 1989, pp. 44 a 65)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 108.

¹⁵⁰³ Há quem entenda que a Jurisdição voluntária não é Jurisdição, mas sim atividade administrativa desenvolvida pelo Judiciário, pois o Estado-juiz não estaria substituindo as partes nem compondo conflito de interesses. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁵⁰⁴ “Por sua vez, a tutela executiva corresponde ao cumprimento de atos no mundo dos fatos; aos resultados fáticos determinados pela via do processo. Pode se dar de três maneiras: corresponde ao chamado processo de execução; ao cumprimento da sentença, e às medidas de urgência antecipatórias ou cautelares. A suposta tutela cautelar, por seu turno, seria aquela tutela meramente acessória, que asseguraria o resultado útil do provimento final de mérito até que este pudesse ser executado definitivamente.” RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 170.

¹⁵⁰⁵ “Perceba-se, entretanto, que ainda assim, mesmo com o monopólio da primeira e última palavra, o sistema constitucional pátrio traz a possibilidade de interferências do Poder Executivo pela concessão de indulto e da comutação de penas (artigo 84, XIII, CF), e do Poder Legislativo por meio

Miranda¹⁵⁰⁶ aduziu muito tempo atrás que a *res judicata* não pode criar uma realidade diferente da existente, transformando “*falsum in verum*”. Qualquer sentença, mesmo transitada em julgado, contendo qualquer impossibilidade jurídica, cognoscitiva ou lógica, é nula de pleno direito, isto é, *nula ipso iure*, não contendo, portanto, efeitos imutáveis, permitindo o manejo da ação rescisória ou qualquer uma das ações declaratórias de nulidade ou de inexistência de ato jurídico – poder-se-ia interpretar a coisa julgada como a capacidade de fazer a coisa julgada, mas então o mesmo círculo vicioso continuaria, apresentando os mesmos ou outros “defeitos”.

A coisa julgada pode ser um indicativo da natureza jurisdicional em uma acepção positiva: se presente a *res judicata*, cuidar-se-ia de Jurisdição; mas o inverso não se pode afirmar, pois há decisão jurisdicional desprovida dos efeitos da coisa julgada. Tudo dependerá do sistema adotado pelo Estado, onde até mesmo, não obstante a contradição com a primeira afirmativa aqui exposta, o mérito de uma decisão jurídica “administrativa” oriunda de outros Poderes do Estado pode estar abarcada pela coisa julgada sem a possibilidade de intervenção ou revisão dela por meio do Poder Judiciário.

Em outro turno, a característica da **imparcialidade** da Jurisdição, também constantemente apontada como elemento do próprio conceito de Jurisdição, possivelmente encontra sua origem no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁰⁷, que reza que toda pessoa tem o direito de ser julgada por um tribunal independente e imparcial.

A definição a partir da imparcialidade não tem utilidade para conceituação

de anistia (artigo 48, VIII, CF), não deixando de ver aí uma forma de controle fundado na teoria dos freios e contrapesos.” MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. São Paulo: Matrix, 2016. p. 49-50.

¹⁵⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. **A ação rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. *Apud*: ALMEIDA JUNIOR. Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 120.

¹⁵⁰⁷ “Artigo 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 fev. 20.

da Jurisdição, porque se só há Jurisdição quando ocorre a imparcialidade do juiz, não tem sentido lógico afirmar que somente o juiz imparcial pode licitamente exercer a Jurisdição. O que se está fazendo assim é introduzir na definição de Jurisdição uma qualificação que deve ocorrer objetivamente a quem a exerce a Jurisdição, mas que a ela não se incorpora. Nesse campo, há de se reconhecer também que na atividade administrativa¹⁵⁰⁸ há decisão jurídica prolatada sob a égide da imparcialidade¹⁵⁰⁹, sem que com isso se caracterize a Jurisdição. Por outro lado, há decisão jurídica parcial advinda de órgão público contido na Jurisdição do Estado, como ocorre com uma declaração de nulidade de sentença proferida pelo do órgão *ad quem* reconhecendo a imparcialidade sobre o *a quo*, que não deixa de ser considerada jurisdicional.¹⁵¹⁰

Não bastando, em sentido oposto, a **independência**¹⁵¹¹, juntamente com a imparcialidade, são fenômenos recentes do processo civilizatório, e nem por isso, antes de implementadas, deixava-se de reconhecer a Jurisdição como um elemento da sociedade e do Estado – vide, por exemplo, a Jurisdição pré-moderna, bastante distante, em regra, de qualquer independência e imparcialidade, especialmente quando utilizada como instrumento político; mas nem por isso deixaria de ser

¹⁵⁰⁸ “Não se trata, é evidente, da ‘virtude’ da imparcialidade, que se exige, sim, do juiz, sem que se possa, todavia, transformá-la em fundamento da jurisdição, sob pena de criar-se uma teoria processual limitada aos juízes virtuosos; nem se trata de imparcialidade no sentido de que o juiz não deva ter um interesse direto e pessoal na causa, diverso do interesse geral e impessoal do Estado, o que também se exige do administrador público, não constituindo característica da jurisdição”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 143.

¹⁵⁰⁹ Exemplos de órgãos administrativos independentes: “[...] *los Jurados de Expropiación Forzosa, aun cuando incardinados en la Administración, són órganos mixtos - con miembros no sujetos a la jerarquía y representantes de la sociedad - que se resuelven el desacuerdo surgido acerca del bien expropiado entre la Administración expropiante e el titular del bien; y un Registrador de la Propiedad que califica un título para su inscripción en el Registro el del todo ajeno al mismo - hasta el extremo de que en la terminología alemana se le denomina juez de registro - y se limita a examinar si el título puede ser protegido por el Registro, del mismo modo que el juez examina si se puede prestar el amparo de poder público a la pretensión de un demandante*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 23.

¹⁵¹⁰ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 23.

¹⁵¹¹ “A independência não só foi o estopim para o surgimento da justiça administrativa no século XIX e para a evolução do próprio direito administrativo, mas hoje é também considerada elemento indissociável da função jurisdicional e consta expressamente de diversas normas nacionais e internacionais, tal como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1)”. PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 123/5.

qualificada como “Jurisdição”.¹⁵¹² Pode ocorrer que, de fato, o juiz não seja nem independente nem imparcial, sem que isso afete os efeitos da sentença ou a qualificação da função como jurisdicional. É que, no composto “poder jurisdicional”, desaparecido o jurisdicional, resta ainda a realidade bruta do Poder.¹⁵¹³

Identificou-se igualmente a Jurisdição a partir do **monopólio estatal**¹⁵¹⁴, tendo em vista que desde o surgimento do Estado moderno este avocou para si o controle do ordenamento jurídico por meio das decisões jurisdicionais. Mas se formos considerar que a Jurisdição é anterior ao próprio Estado, a ideia de monopólio não se enquadraria na atividade desenvolvida pelas múltiplas jurisdições existentes até o século XVIII, como a do reino, senhorial, feudal ou canônica.

Da mesma forma como ocorre atualmente com a arbitragem – apesar de inúmeros entendimentos contrários¹⁵¹⁵. Dependendo do conceito adotado, a arbitragem pode ser considerada Jurisdição a partir do momento em que o Estado concede parcela de Poder e atribui competência a árbitros privados para que dirimam conflitos sociais – *jurisdictio* –, ainda que desprovido de *imperium*. O monopólio do Estado, nesse sentido, não se confunde com a exclusividade. Por isso ele pode dotar, dentro de preceitos constitucionais, outros órgãos, pessoas ou instituições com competência para julgar determinadas matérias, ainda que se situem fora do Estado – *ad extra*. Mas mesmo que se considerasse de modo diferente no tocante à arbitragem contemporânea, a nota distintiva do monopólio seria incompleta para caracterizar, por exemplo, a atividade durante a idade média.

¹⁵¹² “Esta configuración de la justicia no es en absoluto un rasgo esencial a ella e históricamente es fenómeno reciente, fruto de alto grado de diferenciación interna del sistema jurídico”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 171.

¹⁵¹³ TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 144.

¹⁵¹⁴ “[...] *jurisdicción sólo hay una*”. GONZÁLES PÉRES, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Editorial Civitas, 1989. p. 50.

¹⁵¹⁵ “O primeiro aspecto a considerar está em que a arbitragem não encerra a jurisdição [entre outros: Calamandrei 1996/279; Satta 1972/289; Calmon de Passos 1957/46]. Ao contrário, a arbitragem previne a jurisdição. Sua origem é contratual. Desfaça-se de pronto, pois, a confusão frequentemente estabelecida entre uma e outras”. Complementa em nota de rodapé: “Não têm jurisdição, disse-o Manoel Gonçalves da Silva, com propriedade que Pontes de Miranda ressalta elogiosamente, ‘porque apenas conhecem jurisdicionalmente das causas que lhes são submetidas – neque jurisdictione habent, sed tantum cognitionei. Jurisdição é conhecimento (*ratio*), julgamento (*judicium*) e execução (*imperium*) do julgado. Ausente qualquer desses elementos não há jurisdição”. GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 298.

Além disso, o Tribunal das Águas de Valência¹⁵¹⁶, tribunal absolutamente dissociado do Estado, exerce Jurisdição não estatal reconhecida na Constituição espanhola, acarretando de igual maneira uma incompletude no conceito que considerado somente o monopólio do Estado – o Tribunal será analisado em tópico próprio ao final deste capítulo.

A Jurisdição também foi conceituada enquanto **instrumento**¹⁵¹⁷ dialético operacionalizado por intermédio do **processo**¹⁵¹⁸ para a tutela de direitos em conflito pretendidos pelas partes^{1519 1520}.

Nesse campo, poder-se-ia afirmar que o processo é instrumento da Jurisdição e se diferenciaria¹⁵²¹ do procedimento por ser dialético¹⁵²². O processo

¹⁵¹⁶ “Artigo 125 – Os cidadãos poderão exercer a acção popular e participar na Administração de Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e em relação aos processos penais que a lei determine, assim como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais.

¹⁵¹⁷ “[...] *la jurisdicción es un instrumento para la tutela de derechos en conflicto, a través de un proceso garante de las pretensiones jurídicas de las partes a tenor de la legalidad vigente y de la Constitución*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 108.

¹⁵¹⁸ “De este modo, el proceso se nos presenta como instrumento a través del cual se ejerce la jurisdicción, a la vez que garantía de la adecuación de la decisión judicial que pone fin a un conflicto intersubjetivo. Respecto a lo primero, el proceso significa hoy, más allá de la mera ritualización del Derecho, la superación de la neta determinación discrecional de los conflictos por la juridificación regulada de las controversias, de manera que sean resueltos conforme al Derecho y a un procedimiento garante en exclusiva de los derechos e intereses de los ciudadanos en pugna; de ahí la identificación instrumental entre proceso y jurisdicción, como criterio constitucional de la distribución de poder, en abstracto, y delimitador de la potestad y exclusividad jurisdiccional, en singular. Y en cuanto al proceso como garantía de la adecuación de la decisión jurisdiccional, y según la dimensión formal de la justicia anteriormente señalada, el carácter dialéctico del proceso viene a asegurar la corrección de la resolución a alcanzar en la controversia, y con ello, a proteger adecuadamente los derechos e intereses en conflicto, como realización de la tutela judicial efectiva frente a la arbitrariedad (así, Michele TARUFFO, 1996, p. 137 a 140). SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 95/6.

¹⁵¹⁹ “Más, por potestad jurisdiccional nos es dable abarcar algo más a tenor de su condición pretendidamente contenciosa, a modo de instrumento de resolución de conflictos mediante la aplicación del Derecho a través de un proceso; destaca de esta forma la naturaleza heterocompositiva de la potestad jurisdiccional, en razón al supuesto concreto en que se realiza, un conflicto o litigio de intereses o derechos intersubjetivo, como por el carácter dialéctico del método con que se desarrolla, el proceso (Luis María Díez-PICAZO: 1994a, p. 9, y 1998b, pp. 74 y 75)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 67.

¹⁵²⁰ “Sabe-se que o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e que este consiste na capacidade de decidir e impor decisões”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 210.

¹⁵²¹ “Sin embargo, cabe discernir rasgos propios del proceso, stricto sensu, frente ao procedimento: [...] mientras, el proceso, se caracteriza por la absoluta paridad de las partes en conflicto que éste supone en tanto que presidido por la contradicción y la dialéctica [...], a tenor de su preponderante

teria por finalidade essencial averiguar a verdade e a satisfação das pretensões exercitadas pelas partes, mediante uma decisão imparcial e independente, enquanto o procedimento administrativo, apesar de também outorgar garantias e direitos aos administrados, não esgotaria nele essa predileção. A dialética buscaria alcançar dentro do sistema de justiça a diferença entre a prestação jurisdicional judiciária e a decisão administrativa executiva^{1523, 1524}

Ocorre, contudo, que na Jurisdição também há procedimento - processo não dialético¹⁵²⁵ -, sem que com isso se deixe de considerar a decisão do juiz como jurisdicional. E, em outro norte, há na administração pública verdadeiros processos administrativos, com tramitação dialética, sem que possam formalmente ser considerados jurisdicionais, especialmente na disputa entre particulares perante órgãos públicos (*extraneus v. extraneus*, como ocorre no PROCON e nas agências reguladoras) ou de modo real ou ficto quando há em um dos polos o *extraneus* e no outro o *intraneus*, por meio de um dos órgãos do Estado ou simplesmente de maneira ficta quando não há formalmente um órgão atuando diretamente na contraposição aos argumentos ofertados pelo postulante – alguns modelos de processos administrativos serão tratados adiante ainda nesse capítulo, oportunidade em que essas afirmações poderão ser melhor vislumbradas. E tanto a decisão

naturaleza dialéctica e garantista". SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 96/7.

¹⁵²² "Singularizada materialmente la potestad jurisdiccional por su condición contenciosa, en tanto que resolutoria de conflictos mediante la aplicación del Derecho, la especial garantía que ésta ofrece sobre los derechos y los intereses de los ciudadanos en controversia descansa formalmente en el carácter jurídico y dialéctico del método con que se desarrolla, el proceso". SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 95.

¹⁵²³ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 69.

¹⁵²⁴ "A diferença entre administração executiva das leis e jurisdição é, por vezes, ilustrada pela imagem de que a jurisdição lança seu olhar retrospectivo para uma situação jurídica já criada, enquanto a administração tem, pelo contrário, uma perspectiva de futuro, cumpre tarefas públicas, conformando e regulando situações jurídicas e de facto concretas com base em, e no quadro do, direito existente. A seguinte delimitação parece ser mais precisa: a função de garantia do direito revela-se como a função típica da jurisdição". ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472/3.

¹⁵²⁵ "A dialética do contraditório é mesmo composta assim das incertezas em que se refletem perspectivas, possibilidades, chances, expectativas e ônus, e cada qual dos litigantes há de contar muito consigo mesmo e com a cooperação efetiva que possa trazer ao juiz no processo, sempre com vista à melhoria de sua própria situação". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 241.

jurisdicional quanto a administrativa podem ser consideradas instrumentos para a sedimentação de direitos¹⁵²⁶. Mais uma vez, a conceituação a partir da identificação do instrumento e do processo dialógico é insuficiente para definir a Jurisdição.

Dentre tantas características, a Jurisdição chegou até mesmo a ser identificada como sinônimo de **autoridade moral** do julgador. Sem embargo, o exercício da Jurisdição seria fruto de uma garantia derivada da índole moral¹⁵²⁷, concentrada na figura do juiz, observada desde os tempos do império romano, denominada como autoridade, o que serviria para diferenciar esta da atividade administrativa, e consistiria na “bondade intrínseca do conteúdo do juízo, da autoridade e do prestígio de quem o emite, gerando uma vinculação jurídica e moral aos seus destinatários”.¹⁵²⁸

A separação entre direito e moral foi sedimentada na doutrina do direito ao menos desde o reconhecimento do positivismo jurídico, e a questão da “autoridade” parece estar muito mais repousada no campo da legitimidade no que na classificação do exercício da Jurisdição.¹⁵²⁹ A legitimidade, por sua vez, no entanto,

¹⁵²⁶ “Portanto, enquanto a jurisdição exerce um papel claramente garantidor da eficácia dos direitos, no caso concreto e em última instância, a administração, como seu nome indica, cuida daqueles interesses que transcendem a esfera individual. E o faz cumprindo e observando as normas que tutelam esses interesses. Daí dizer-se que a administração é função de observância do direito, justamente porque se limita, no essencial, a cumprir as normas que protegem esses interesses, enquanto a jurisdição é função de atuação do direito. Por outras palavras, enquanto as normas jurídicas substanciais são regras de conduta para o administrador que, por isso, deve observá-las, para o juiz elas servem de critérios para seu julgamento que é imposto à obediência das partes. É certo que, por vezes, a administração exerce função semelhante à jurisdicional. É o que acontece, por exemplo, quando a administração garante a eficácia das normas que tutelam os interesses que lhe são confiados, no caso de sua violação por terceiros. Mas, mesmo nessa hipótese, persiste a distinção entre as duas funções, porque a administração restaura as normas em proveito dos interesses que lhe são confiados, ou seja, exerce o que se chama de autotutela, o que não ocorre com a jurisdição, que restaura a eficácia das normas em proveito dos interesses das partes, como vimos ao estudá-la”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75

¹⁵²⁷ “Mucho más discutible me parece la opinión del citado autor, al afirmar que junto a la potestad jurisdiccional debe concurrir en la Jurisdicción un atributo o garantía de índole moral, que desde los tiempos del Derecho Romano se ha venido conociendo con el nombre de ‘autoridad’, opinión compartida por Carreras y Gutiérrez de Cavides y que sirve en definitiva para diferenciar la Jurisdicción de la actividad administrativa y que consiste en ‘la bondad intrínseca del contenido del juicio y la autoridad y prestigio de quien lo emite, lo que hace’ que vincule jurídica y moralmente por sí mismo a los destinatarios”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 158.

¹⁵²⁸ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 158.

¹⁵²⁹ “Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de la fuente de producción;

não adviria da moralidade ou da autoridade, mas sim do próprio ordenamento jurídico democraticamente constituído.¹⁵³⁰

O ingrediente essencial da Jurisdição enquanto poder de impor as decisões a todos, inclusive de a implementar de maneira coercitiva, com o respectivo cumprimento de seu conteúdo decidido anteriormente no processo, alcança sua única legitimação na soberania popular. A constituição e a lei demarcam quem são os titulares e quais as condições para o exercício da Jurisdição, determinando a normatização elementar de convivência política para o seu desenvolvimento, de modo que somente a decisão popular, tomada por meio de seus representantes parlamentares – nesse caso pela democracia indireta - é capaz de legitimar a decisão jurídica jurisdicional, à margem de qualquer juízo ou prestígio moral, não apenas com relação ao cargo mas especialmente no tocante ao conteúdo das decisões¹⁵³¹. A eventual “autoridade” moral do julgador, assim, não se presta, de nenhuma maneira, à distinção da atividade jurisdicional dos juízes com a administrativa na tomada da decisão jurídica, muito menos para conceituar a Jurisdição.¹⁵³²

Como se percebe, a tarefa de definir a Jurisdição, mesmo após passados dois séculos do surgimento do Estado moderno, ainda hoje¹⁵³³ é objeto vivo de debate na doutrina, especialmente diante da exclusividade do exercício da Jurisdição ao Estado, que se encomenda, em regime de monopólio estatal, a

*no la verdade, sino la legalidade; no la substancia, es decir, la intrínseca justicia, sino las formas de los actos normativos. Auctoritas, non veritas facit legem: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes en el ya recordado”. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 17.*

¹⁵³⁰ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 158

¹⁵³¹ “El ejemplo que pone Gimeno Sendra del desaparecido Tribunal de Orden Público como órgano falto totalmente de ‘auctoritas’, lleva precisamente a conclusión contraria, ya que la ausencia de aquella se deriva de ser dicho tribunal un producto del decisionismo dictatorial y de su absoluta marginación de la voluntad popular, como lo era también el régimen de poder al que servía”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 159.

¹⁵³² ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 158/9.

¹⁵³³ “Na perspectiva contemporânea, a jurisdição consiste no poder-dever do estado-juiz de declarar e executar os direitos conforme as pretensões que lhe são formuladas, segundo os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição” RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 164.

órgãos¹⁵³⁴ com determinadas características, com capacidade para garantir que a função se desenvolva acompanhando certas exigências que se consideram de capital importância em um Estado constitucional.¹⁵³⁵

A própria assimilação da Jurisdição para atuação especificamente no **caso concreto** como destinatário da aplicação do direito pelo juiz, na tradicional postura consistente em direcionar todo direito ao indivíduo (*persona*) e compreender o ser humano somente como sujeito de direitos e não como um membro integrante da sociedade, restou superada com a publicização do direito e o consequente despontamento dos interesses difusos e coletivos¹⁵³⁶, do direito sumular, da adoção de precedentes jurídicos, dos efeitos *ultra partes* nos julgamentos, dentre inúmeras outras situações que fizeram transcender o pronunciamento jurisdicional para além

¹⁵³⁴ A jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia dos direitos em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário. Sua nota individualizadora é de natureza funcional e consiste, por conseguinte, em estar dirigida, especificamente, ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico, ou seja, os direitos no caso concreto, quando observados espontaneamente pela sociedade. Ademais, no direito brasileiro, a jurisdição caracteriza-se, do ponto de vista estrutural, por ser exercida, preponderantemente, por órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, através do devido processo legal. Portanto, podemos definir a jurisdição como a função de atuação terminal dos direitos exercida, preponderantemente, pelos órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da Constituição e demais normas jurídicas através do devido processo legal. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p. 64.

¹⁵³⁵ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 17.

¹⁵³⁶ “Coletivo é o interesse ou direito tutelado. A sentença assume o caráter de norma geral e abstrata se, como efeito anexo, dela resultarem deveres individuais, como no caso da decisão que, declarando a ilegalidade de uma greve (direito coletivo), obriga os trabalhadores a retornar ao trabalho. Se o Ministério Público ou outro legitimado pede sentença mandamental, com ordem de retorno ao trabalho, a ação é coletiva passiva, e a sentença tem a natureza de norma geral e abstrata. Nas ações relativas a direitos individuais homogêneos, a sentença é declarativa de direitos ou de obrigações de pessoas indeterminadas. São ações coletivas no sentido próprio da expressão, pela existência, no lado ativo ou passivo, de um grupo de pessoas, que individualmente podem até não saber da existência do processo. Atua, por todas, um substituto processual, como tal havido o que atua em juízo, em nome próprio, em defesa de direito alheio. A regra, no Direito brasileiro, é que essas ações se finalizem com uma sentença condenatória genérica, que não precisa indicar nem os beneficiários nem o quantum devido a cada um, tendo, pois, a natureza de norma geral e abstrata. Procede-se à liquidação e à execução por ações individuais. As súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal têm manifestamente a natureza de normas gerais e abstratas. Embora sem expresse efeito vinculante, têm também essa natureza as decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao uniformizar a jurisprudência no julgamento de recursos repetitivos. Consta-se, assim, que, na atualidade, o Poder Judiciário exerce, além da função tradicional de aplicar o Direito ao caso concreto, a de editar normas gerais e abstratas. Trata-se, por conseguinte, de uma consequência e de uma exigência da moderna sociedade de massas”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 54.

do caso concreto.¹⁵³⁷

Dessa forma, nenhuma das definições é imune à crítica¹⁵³⁸ e justamente por isso não é salutar se apegar demasiadamente a qualquer das imperfeições conceituais apresentadas, pois a busca obsessiva pela essência da Jurisdição conduz ao indesejável distanciadamente da realidade.¹⁵³⁹ O conceito pode variar caso se inclua ou não a atividade executiva e a tutela provisória; conforme se pretenda abranger além da Jurisdição cível também a penal, a Jurisdição voluntária, a competência dos tribunais superiores, a arbitragem, o ativismo judicial e tantos outros fatores sociais, culturais, temporais, regionais ou valorativos existentes em cada Estado e sociedade em determinada época.¹⁵⁴⁰ Em verdade, “as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com a crença de ser suficiente explicar a função jurisdicional, que antes de

¹⁵³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 199.

¹⁵³⁸ “Finalmente, lembramos Luiz Guilherme Marinoni, que detalhadamente aborda os vários conceitos de jurisdição, desferindo suas críticas. O cerne da sua opinião é que os antigos conceitos de jurisdição foram elaborados a partir da ideia de um juiz que simplesmente declara a lei a ser aplicada no caso concreto, o que as invalida se olhadas sob a perspectiva do Estado Contemporâneo, que privilegia a interpretação das leis com base na Constituição, de modo a garantir os direitos fundamentais”. SOUZA, André Pagani de, *et al.* **Teoria geral do processo contemporâneo**. p. 48.

¹⁵³⁹ “Várias têm sido as tentativas de conceituar a jurisdição. Nenhuma é imune à crítica: a) caracterizada a jurisdição como atividade de aplicação de sanções, ficam fora as sentenças declaratórias; b) dito que importa em atividade de julgamento, sobra a execução; c) apontada a coisa julgada como nota diferenciadora, restam excluídas a execução e a tutela provisória; d) exigida a presença de um juiz, órgão do Estado, fica sem explicação o juízo arbitral (Observe-se, entretanto, que não tem sentido incluir-se o juízo arbitral, atividade privada, em uma divisão das funções do Estado); e) exigindo-se que o juiz seja órgão do Poder Judiciário, desconsidera-se o processo de impeachment; f) ao afirmar-se que o juiz regula relação entre o autor e o réu, ignora-se a substituição processual, em que não há coincidência entre as partes em sentido material e as partes em sentido formal; g) ao se exigir um autor, deixa-se de lado o processo inquisitório; h) a característica de uma lide falta ou pode faltar nas ações constitutivas necessárias; i) a caracterização do juiz como terceiro imparcial tem seu ponto fraco no processo penal, especialmente quando o único ofendido é o Estado, de que ele é órgão; j) a assertiva de que o juiz aplica lei anterior tropeça na jurisdição de equidade e em todos os casos em que o juiz supre lacuna da lei; k) a jurisdição como norma concreta cai em virtude da competência normativa da Justiça do Trabalho e da ação direta de declaração de inconstitucionalidade; l) a jurisdição sofre da ultrapassagem de seus limites em face do ativismo judicial, com finalidade de realizar, implementar e instituir políticas públicas omissas pelo Poder Executivo e Legislativo; m) por fim, a jurisdição, como monopólio estatal, cai em face da arbitragem, mecanismo de jurisdição exercida por privados”. TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 133.

¹⁵⁴⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 133.

tudo é política, em face da mecânica do direito¹⁵⁴¹”.

Mas, conforme registrado anteriormente, a compreensão do conceito de Jurisdição aumenta o seu sentido a partir do momento em que ela se desprende do campo processual e a análise é direcionada para a realidade atual surgida a partir do nascimento do Estado moderno, com o consequente monopólio jurisdicional estatal. Em uma linguagem jurídica, nesse campo, a palavra Jurisdição pode ser utilizada para designar duas coisas distintas: além de uma determinada atividade ou função do Estado, a **função jurisdicional**, enquanto parcela do Poder político do Estado – separação funcional de Poderes –, também os **órgãos** que exercem a Jurisdição como um Poder – divisão orgânica para o exercício da função jurisdicional.¹⁵⁴²

Assim, a Jurisdição pode ser dividida em um conceito **absoluto** – levando-se em consideração a função desenvolvida por um *órgão* – ou em um conceito **relativo** – levando-se em consideração unicamente a função desenvolvida pela *pessoa do julgador*. O conceito absoluto de Jurisdição é definido a partir de um conteúdo material do exercício de sua função, independentemente de quem seja o seu titular. É jurisdicional a decisão jurídica tomada a partir de órgãos autorizados pela constituição – por exemplo: na Jurisdição una, somente o Poder Judiciário; na dual, também órgãos do contencioso administrativo; em ambos os casos há exceções diante das exigências contemporâneas acerca das interpenetrações funcionais nos órgãos do Estado. Uma atividade será, então, jurisdicional, desenvolvida diante da exclusividade estatal, de acordo com o órgão elegido pelo ordenamento jurídico.

Em outro turno, o conceito relativo de Jurisdição é reconhecido apenas diante da atividade de juízes independentes, excluindo dessa conceituação atividades materialmente idênticas desempenhadas por outros órgãos públicos – “administração pública”, por exemplo, sob o argumento da presunção de ausência de independência e imparcialidade, dentre outros. A partir do conceito relativo, por

¹⁵⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 178/9.

¹⁵⁴² OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 17.

definição não seria Jurisdição a atividade materialmente jurisdicional que não fosse exercida pessoalmente por juízes. É possível afirmar, sob esse viés, por exemplo, que, no decorrer do antigo regime monárquico não havia Jurisdição porque os juízes não possuíam independência perante o soberano.¹⁵⁴³

Independentemente de tamanha amplitude, o que se busca atualmente é definir a Jurisdição por meio de um conceito absoluto, sem desgarrar de elementos mínimos exigidos para a atividade jurisdicional – dentre eles, por pressuposto, a independência, mas que não seria característica exclusiva e pessoal do “juiz” – em que se identifique o seu exercício a partir de determinado conteúdo material com a extração total de quem seja o seu titular – “juiz”. Será, então, uma atividade jurisdicional, tutelada sob o imperativo do monopólio estatal, a desenvolvida pelos órgãos autorizados pela constituição, independentemente de ser o seu respectivo titular um “juiz” – muito embora, conforme acima mencionado, não se admita o julgamento por alguém desprovido de independência e imparcialidade; o que se está buscando aqui são apenas notas teóricas sobre o conceito operacional da categoria Jurisdição, e não a forma do seu exercício ou qualidades do julgador.¹⁵⁴⁴

A Jurisdição, enquanto Poder, pertence ao Estado, que a delega e atribui competência ao órgão que entender mais adequado¹⁵⁴⁵. Isso não significa que o titular do exercício da Jurisdição não seja dotado de independência ou que se negue a existência de princípios¹⁵⁴⁶ formadores da Jurisdição¹⁵⁴⁷. Ao contrário, a

¹⁵⁴³ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 18.

¹⁵⁴⁴ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 18.

¹⁵⁴⁵ “Essas ideias são úteis para o constitucionalista, que, no entanto, se satisfaz com o critério orgânico, considerando como de jurisdição aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciários e como administração o que conferiu aos órgãos do Executivo, que, em verdade, não se limita à execução da lei, consoante já vimos. Segundo esse critério, ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional respeitante à solução de conflitos de interesses”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 561.

¹⁵⁴⁶ Segundo Rodrigues e Lamy: a) inafastabilidade; b) inevitabilidade; c) indeclinabilidade d) indelegabilidade; e) irrevogabilidade dos atos jurisdicionais; f) inércia inicial; e g) imparcialidade. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo*. p. 166.

¹⁵⁴⁷ “Nota-se, em doutrina, que não há uniformidade na identificação das características e dos princípios da jurisdição. Vemos que para um determinado autor tal elemento seria característica, enquanto para outro esse mesmo elemento seria um princípio da jurisdição”. SOUZA, André Pagani de, et al. *Teoria geral do processo contemporâneo*. p. 153.

independência é mais do que uma mera qualidade do julgador; ela é pressuposto essencial para o exercício da Jurisdição, assim como os respectivos princípios.

De toda forma, afastando-se um pouco do tecnicismo teórico, o que verdadeiramente interessa é determinar o que há por trás desse papel, saber em que consiste esse Poder jurisdicional que depois se concretiza na função de julgar e, principalmente, definir em qual complexo organizativo a Jurisdição está situada dentro do aparato estatal e qual é a forma dessa conferência, questões do mais alto interesse político e que estão intimamente ligadas à totalidade do sistema de justiça vigente em determinado Estado.¹⁵⁴⁸

6.2 SISTEMAS JURÍDICOS E MODELOS JURISDICIONAIS

6.2.1 Sistemas jurídicos: *civil law*, *common law* e direitos socialistas

A Jurisdição, desde sua origem, está intimamente imbricada com a ideia de composição de conflitos sociais situados dentro de pretensões jurídicas. Em linhas gerais, os conflitos podem ser civilizatoriamente¹⁵⁴⁹ resolvidos de duas maneiras: pela autocomposição ou pela heterocomposição.¹⁵⁵⁰

Por meio da **autocomposição** – *alternative dispute resolution ADR*¹⁵⁵¹ –,

¹⁵⁴⁸ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. p. 157.

¹⁵⁴⁹ A autotutela não será considerada uma maneira civilizatória para resolução de conflitos sociais.

¹⁵⁵⁰ “Para melhor sistematização do nosso estudo, com a realização das distinções e similitudes existentes entre os mencionados institutos, é de bom alvitre classificarmos a matéria em exame em dois grandes grupos: o primeiro, que se funda na participação de terceiros imparciais com o escopo de decidir, julgar ou apontar definições com a exclusão de outras possibilidades ou alternativas, nele incluindo--se a arbitragem, o arbitramento, a peritagem e a avaliação; o segundo grupo, que açambarca os institutos que se fundam na autocomposição e, para atingir esse objetivo, pode utilizar-se, ou não, da intervenção de terceiros imparciais, tais como a negociação, a conciliação, a transação e a mediação”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.85

¹⁵⁵¹ “É significativo observar que a própria sigla pela qual ficaram conhecidos tais meios de solução (ADR) passou a ser lida não mais no sentido original de “*alternative dispute resolution*”, mas como “*adequate dispute resolution*”. Em outras palavras, eles não devem ser vistos como simples

ou solução adequada do conflito¹⁵⁵², os interessados chegam a um consenso sem a necessidade da intervenção de um terceiro, como é o caso da renúncia ou desistência; submissão ou reconhecimento e a transação e a autocomposição em sentido estrito. A mediação e a conciliação, não obstante a participação de um terceiro alheio às partes, também podem ser consideradas uma maneira de autocomposição, precisamente em razão desse terceiro apenas auxiliar os interessados, mas não efetuar nenhuma decisão. Por isso são igualmente denominados “equivalentes jurisdicionais¹⁵⁵³”, consistindo em meios pelos quais se pode atingir a composição (*rectius*, resolução) da lide por obra dos próprios litigantes ou com a assistência de alguém para além dos envolvidos no litígio¹⁵⁵⁴.¹⁵⁵⁵

Na **heterocomposição**, por sua vez, a questão é decidida por um terceiro, como ocorre na arbitragem¹⁵⁵⁶ e no processo jurisdicional.¹⁵⁵⁷ Esse último interessa diretamente à “Jurisdição” enquanto monopólio estatal assumido com o nascimento do Estado moderno – e igualmente como objeto da presente pesquisa, que se ocupa de uma proposta de reformulação orgânica do Estado para o exercício da função jurisdicional.

No campo estrutural do Estado, a formação jurídica do mundo contemporâneo teve por base três tradições distintas, derivadas da família romano-germânica, da família *common law* ou da família dos direitos sociais, que acabaram por influenciar, de algum modo, todo e qualquer sistema legal existente atualmente

alternativa, mas como outra forma de resolver conflitos, que, dependendo do caso, pode ser mais adequada do que a própria jurisdição estatal”. SOUZA, André Pagani de, *et al.* **Teoria geral do processo contemporâneo**. p. 168

¹⁵⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125/2011**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020.

¹⁵⁵³ DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Breves lições sobre jurisdição, processo e ação em Francesco Carnelutti**. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 10 – ago./dez. 2014 – ISSN 2176-977X. Disponível em: <file:///C:/Users/paulofarah/Downloads/8666-Texto%20do%20artigo-31488-1-10-20141128.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2020.

¹⁵⁵⁴ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 68.

¹⁵⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**.

¹⁵⁵⁶ “A arbitragem brasileira não se inclui entre os equivalentes jurisdicionais porque ela configura o exercício de atividade jurisdicional exercida por um particular, com autorização do Estado”. ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 68.

¹⁵⁵⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. p. 4.

no mundo. Eles estão sedimentados nos Estados de forma pura ou combinada entre si; exemplificadamente, o ordenamento jurídico da Inglaterra está sedimentado no sistema *common law*, o do Brasil e da Espanha no sistema *civil law*, e como sistemas mistos emergem Escócia, Israel e União Sul-africana¹⁵⁵⁸. Ao lado dessas três tradições encontram-se outros grupos, como, em maior destaque, as famílias de direito muçulmano, hindu e judaico – que “constituem simples sobrevivências destinadas a desaparecer num futuro mais ou menos próximo, com o progresso da civilização¹⁵⁵⁹”.¹⁵⁶⁰

O sistema **romano-germânico**¹⁵⁶¹, ou da *civil law*, agrupa Estados que adotam como base o direito romano, instituído de modo legiferante como forma de regulamentar condutas sociais, fortemente lastreado em preocupações de justiça e moral. Principiou na Europa, especialmente a partir do século XII com as compilações do imperador Justiniano, sendo abundantemente codificado a partir do século XIX. O direito romano, por questões históricas, está centrado no direito civil

¹⁵⁵⁸ “A relatividade histórica inafastável nessa matéria mostra-nos [...], também, que a função jurisdicional tem outros contornos no sistema jurídico da *common law*, diferentes dos que caracterizam na família romano-germânica do direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 233.

¹⁵⁵⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. p. 28.

¹⁵⁶⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 424 – base doutrinária para tratar das famílias do direito citadas nesse tópico.

¹⁵⁶¹ “Apesar da origem do conceito de *statutory law* remontar à Roma antiga – variavelmente conhecida como código, escrita, neorromana, romana, ou *civil law* –, sua larga aplicação é essencialmente moderna. Enquanto a *common law* é aplicada tradicionalmente em questões de caráter privado, a *statutory law* é pertinente à sociedade, donde decorre a sua publicização como um conjunto de regras que se origina no poder de legislar do Estado, em sentido amplo. Historicamente, embora possamos remontar aos tempos de Moisés, Manu e Hamurabi, a *statutory law* identifica-se com mais proximidade aos Códigos do Imperador Justiniano I (527-565) – o *Corpus Iuris Civilis*, que foi promulgado por volta de 535 d.C. – em face do desenvolvimento e homogenia das cidades-estado. Como se sabe, o Código de Justiniano foi inicialmente introduzido na Europa Ocidental em 544 quando o Império Oriental reconquistou a Itália. Contudo, não teve grande importância para o Ocidente até que se verificasse a sistematização por intermédio de novos estudos das leis romanas, revividos nas universidades italianas no século XII. A *statutory law* é conhecida também como ‘Lei Romana’ e, para confundir estudantes, professores e aplicadores do direito, é denominada ainda de Civil Law (Lei Civil), o que não tem nenhuma ligação com jurisdição civil. Em contraste com a diversificada Inglaterra, com os seus vários costumes que pareceram implorar verdadeiramente por um novo tipo de *common law*, Roma prestou-se idealmente para o desenvolvimento de um sistema estatutário, que poderia ser prontamente escrito ou codificado. *Statutory law* teve – e tem, claro – as vantagens da precisão, simplicidade e clara aplicabilidade, embora ainda esteja sujeita à interpretação por juízes e outros operadores do Direito”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 17.

privado, sendo que os demais ramos do direito se desenvolveram tardiamente a partir dele. Devido à colonização planetária oriunda da expansão marítima ocorrida nas idades média e moderna, o direito romano-germânico se solidificou em diversos territórios conquistados. Em outros, foi recepcionado de modo parcial, misturando-se com o direito anteriormente existente na civilização autóctone.

O sistema da *common law*¹⁵⁶², nascido na Inglaterra¹⁵⁶³, possui características¹⁵⁶⁴ muito diferentes das observadas no direito romano-germânico da *civil law* – e, por consequência, também da família dos direitos socialistas. A *common law* foi formada por juízes¹⁵⁶⁵, a partir de casos particulares, sem comandos abstratos ou generalizações, chamados a atuar em situações que exigiam a intercessão do direito, por intermédio da jurisprudência e desenvolvimento de precedentes judiciais, para resguardar a paz ameaçada do reino ou quando havia a necessidade de intervenção importante do poder real. “A regra de direito da *common*

¹⁵⁶² “*Common law* – breves considerações: Utilizada pela maioria dos Estados que falam a língua inglesa, a chamada *common law* é conhecida também como lei anglo-saxônica, anglo-americana ou inglesa. Apesar de ter sido conceituada por Lorde Coke como ‘a perfeição da razão’, é, de fato, um vasto e complexo instrumento de busca da realização da justiça. A lei comum decorre da criação dos juízes (*judge-made*) ou, em outros termos, da feitura dos tribunais (*bench-made*), sendo preferida, nos países que a adotam, a um corpo fixo de regras previamente estabelecidas”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 24.

¹⁵⁶³ “O *common law* é uma construção eminentemente histórica, elaborada pela estratificação de antecedentes judiciários e de interpretações ao longo do tempo. Compõe-se, basicamente, de princípios e regras de conduta relacionados ao governo, à segurança das pessoas e à propriedade que decorrem de usos e costumes ou de decisões judiciais. Tais decisões reconhecem, afirmam e ratificam esses usos e costumes, o que ocorre particularmente no direito inglês não escrito”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 224.

¹⁵⁶⁴ “O juiz de *common law* está habituado, por natureza, a este exercício racional de interpretação, reconhecendo por vezes, nomeadamente no caso dos britânicos, a múltiplas fontes de argumentação. Os juízes podem, inclusivamente, citar não só decisões de justiça, mas também professores e comentadores famosos como Blackstone. [...] Pelo contrário, é com a preocupação pragmática de encontrar a solução mais adequada para um caso particular que os juízes multiplicam os argumentos, ponderam atentamente os prós e os contras, querendo sempre, através da sua decisão, fazer transparecer o direito da melhor forma. O direito de *common law* não é suscetível de ser isolado como um conjunto de normas abstractas e gerais: é guiado, de raiz, pela preocupação de responder a dificuldades concretas”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 79-80.

¹⁵⁶⁵ “Uma das razões para este sentimento cultural profundo entre juristas da *common law* advém da posição singular desta cultura face ao poder político, que está, aliás, patente na expressão *rule of law*. Todos os juristas de *common law* aderem a uma representação implícita em que o direito precede a política: tanto a nível histórico - a *common law* preexistia à invasão normanda - como em termos genéticos - o poder político tem de respeitar alguns princípios fundamentais de que é exemplo o *due process of law*. Enquanto tal, a lealdade a uma cultura jurídica antecede, de algum modo, as obrigações para com a comunidade política nacional”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 56.

law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro”. O regramento aplicado à administração da justiça, ao processo, às provas e às execuções das decisões tem o mesmo interesse, “sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade”.¹⁵⁶⁶

O sistema jurídico da família dos **direitos socialistas** nasceu na União Soviética e se desenvolveu depois da revolução de 1917. Está sedimentado, até então, em nações que tinham por base a tradição romano-germânica, tendo como regra do direito a finalidade de controle geral de condutas. Os dirigentes dos países socialistas adotam de modo oficial a doutrina marxista-leninista, buscando fundar uma nova sociedade na qual não haverá Estado nem direito, por intermédio de uma nova estrutura econômica e bens de produção coletivizados.

Dentro dessas famílias que influenciaram os sistemas jurídicos contemporâneos, há uma segunda classificação, consistente em duas modalidades do exercício da Jurisdição estatal, denominadas *una* e *dual*.

6.2.2 Modelos jurisdicionais: Jurisdição *una* e Jurisdição *dual*

Em linhas gerais, a Jurisdição, enquanto monopólio do Estado, encontra nos Estados ocidentais democráticos dois grandes modelos de exercício, consistente na Jurisdição *una*, em que a função jurisdicional do Estado está reservada com exclusividade ao Poder Judiciário, e a Jurisdição *dual*, onde além do Judiciário outros órgãos, de maneira geral denominados de “contencioso-administrativo”, exercem a função jurisdicional para dirimir conflitos jurídicos existentes entre o particular e o Estado (*extraneus vs. intraneus*).¹⁵⁶⁷

¹⁵⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 25.

¹⁵⁶⁷ “Os sistemas administrativos compreendem os mecanismos utilizados pelos diversos países para o controle jurisdicional da atuação administrativa. Em síntese, é possível mencionar duas espécies de sistemas administrativos que podem ser encontrados no direito comparado: 11 a) sistema da

Nesse norte, primeiramente o princípio da exclusividade ou monopólio estatal da Jurisdição se opera em uma dupla direção: *ad extra* e *ad intra*. A exclusividade *ad extra* impede que haja Jurisdição não estatal. A exclusividade *ad intra* atribui a órgãos com natureza de juízes e tribunais o monopólio estatal do exercício da Jurisdição. Dessa forma, objetiva-se não apenas assegurar o controle do ordenamento jurídico pelo Estado, senão também garantir aos cidadãos seus direitos por intermédio de órgãos jurisdicionais dotados de juízes independentes e pré-determinados pela lei. Certamente nesse diapasão é possível observar inúmeras exceções: na exclusividade *ad extra*, a arbitragem, de um modo geral presente na grande parte dos Estados Constitucionais, e, no caso da Espanha, o Tribunal das Águas de Valência¹⁵⁶⁸. Na exclusividade *ad intra*, o Senado Federal¹⁵⁶⁹ e o Tribunal de Contas, em geral, e a Jurisdição militar-castrense, no caso específico da Espanha, que não são considerados órgãos do Poder Judiciário daquele país – nem do Brasil, nas primeiras hipóteses.¹⁵⁷⁰

A Jurisdição compreendida a partir do conceito exclusivo de Poder do Estado é única por definição enquanto Poder que deriva do próprio ordenamento jurídico, único também por ser uma só a constituição que rege o Estado como carta política e jurídica: “*no hay más potestad jurisdiccional que la que el ordenamiento jurídico otorga*”. Poderá haver, contudo, tomando como ponto de partida a Jurisdição enquanto Poder do Estado, múltiplos tribunais distribuídos em uma Jurisdição

dualidade de jurisdição (sistema do contencioso administrativo ou da jurisdição administrativa): adotado, inicialmente, na França e utilizado por diversos países (exs.: Alemanha, Portugal etc.), o sistema consagra duas ordens de jurisdição: a.1) ordinária ou comum: exercida pelo Judiciário sobre os atos dos particulares em geral; e a.2) administrativa: exercida por juízes e Tribunais administrativos, que tem na cúpula o denominado Conselho de Estado, dotado de forte independência em relação ao Poder Executivo. O Conselho de Estado exerce a função consultiva, com a expedição de recomendações (avis), e a função contenciosa por meio de decisões (*arrêts*) sobre conflitos envolvendo a juridicidade das atividades administrativas. b) sistema da jurisdição una (unidade de jurisdição): de origem inglesa e norte-americana, o sistema confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir de maneira definitiva sobre a juridicidade de todos os atos praticados por particulares ou pela Administração Pública. É o sistema adotado no Brasil por meio do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CRFB)”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 4.

¹⁵⁶⁸ Será abordado em tópico específico.

¹⁵⁶⁹ Para o julgamento de crimes de responsabilidade.

¹⁵⁷⁰ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 85.

pluralizada, permitindo inclusive que o ordenamento jurídico reconheça o Poder jurisdicional a particulares, mas de todo modo será sempre uma única Jurisdição.¹⁵⁷¹

Também se chama Jurisdição os órgãos que a exercem, os tribunais distribuídos em seus diversos conjuntos. E quando esses órgãos estão situados dentro do Poder Judiciário, de modo exclusivo, ocorre a unidade da Jurisdição, que significa, portanto, a ausência de diversificação de tribunais, pertencentes todos a mesma organização, em sentido amplo, e ao Poder Judiciário, em sentido estrito¹⁵⁷², inclusive como mecanismo utilizado para o controle jurisdicional da atuação administrativa estatal.

Compreende-se por Jurisdição **una**¹⁵⁷³, a partir dessa classificação – exclusividade *ad intra* –, aquela em que a imutabilidade das decisões jurídicas decorre exclusivamente¹⁵⁷⁴ do Poder Judiciário¹⁵⁷⁵, único legitimado a fazer coisa julgada¹⁵⁷⁶ ao prolatar a sentença, seja na apreciação de processos envolvendo interesses particulares, seja na resolução de controvérsias tangenciando o particular e o Estado¹⁵⁷⁷ – não obstante haja exceções¹⁵⁷⁸. Essa modalidade monista, em

¹⁵⁷¹ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 153.

¹⁵⁷² OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 154.

¹⁵⁷³ “[...] *la específica prohibición al legislador para que no encomiende a ningún órgano ajeno al Poder Judicial dicha función (jurisdiccional)*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 106.

¹⁵⁷⁴ “[...] *por exclusividad jurisdiccional se entiende la asignación ‘exclusiva y excluyente’ de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales determinados por las leyes, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que éstas establezcan*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 105.

¹⁵⁷⁵ “No exercício dessa função, o Poder Judiciário se manifesta através de órgãos integrados por pessoas físicas, chamados órgãos jurisdicionais, judiciais ou judicantes. Sendo a jurisdição emanção da soberania do Estado, e, portanto, um de seus poderes, cabe à Constituição Federal determinar quais são os órgãos integrantes do Poder Judiciário, competindo às Constituições estaduais dispor sobre a organização da justiça no âmbito das unidades federadas, observadas as diretrizes da Constituição da República. Alvim, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 41.

¹⁵⁷⁶ “Se a decisão judicial já obteve força de Direito, se se tornou impossível substituir essa decisão por outra porque existe o *status* de *res judicata* – o que significa que o caso foi definitivamente decidido por uma corte de última instância”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 198.

¹⁵⁷⁷ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 155.

¹⁵⁷⁸ O Poder Judiciário é “o conjunto de órgãos estatais que tem a função precípua de dirimir conflitos de interesse, embora nem todos os órgãos que exerçam função jurisdicional estejam no Poder Judiciário” Continuando: “(integrante do Poder Legislativo, o Senado Federal, no art. 52, I e II, exerce função jurisdicional ao processar e julgar os crimes de responsabilidade praticados pelos agentes públicos mencionados naqueles dispositivos)”. SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 542.

razão da origem, é também conhecida como inglesa, ou anglo-americana, influenciada pelo sistema da *common law* - *una lex, una jurisdictio*¹⁵⁷⁹.¹⁵⁸⁰ O modelo de Jurisdição monista era corolário lógico da ausência de solidificação do direito administrativo¹⁵⁸¹ – ou “público” – para solucionar conflitos administrativos normalmente escondidos entre os poderes de autotutela da administração no sistema da *common law*, que somente assumiu a existência de um direito tipicamente administrativo para cuidar dessa matéria ao final do século XIX.¹⁵⁸²

É a modalidade de exercício da Jurisdição adotada pelo Brasil¹⁵⁸³, conforme reza a Constituição da República no inciso XXXV do artigo 5º, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁵⁸⁴; existe, dessa maneira, na modalidade monista, um monopólio jurisdicional *ad intra* reservado ao Poder Judiciário.¹⁵⁸⁵

¹⁵⁷⁹ “O sistema jurisdicional inglês, copiado com algumas adaptações nos países da *common law* e em diversos outros na América Latina (tais como Brasil, Chile e México) em razão da influência norte-americana, adotou a máxima *una lex, una jurisdictio*, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra tanto em assuntos de natureza privada como naqueles em que há a presença do interesse da Administração Pública”. PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A Justiça Administrativa em Resposta a: Perspectiva Comparada**. DPU Nº 61 – Jan-Fev/2015 – ASSUNTO ESPECIAL – DOUTRINA. Submissão: 01.08.2014. Decisão Editorial: 31.10.2014. Comunicação ao Autor: 31.10.2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2272/pdf>. Acesso em: 8 mar. 2020.

¹⁵⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵⁸¹ “O Direito Administrativo, conforme mencionado no item 1.1, tem sua origem no Direito francês, com o julgamento do caso Blanco (arrêt Blanco), julgado em 1783, e a promulgação da lei do 28 pluviôse do ano VIII de 1800, que reconheceram a autonomia científica desse ramo do Direito, dotado de institutos, métodos e princípios próprios que não se confundiam com o tradicional Direito Civil”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 6.

¹⁵⁸² PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 102.

¹⁵⁸³ O fato de o ‘caso julgado administrativo’ não impedir a análise da matéria pelo Poder Judiciário decorre do sistema de controle adotado no ordenamento jurídico brasileiro: **sistema de jurisdição única**: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV). *No sistema da unidade de jurisdição – una lex una jurisdictio –, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com caráter de definitividade*. RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. p. 64 – com destaques no original.

¹⁵⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 jun. 16.

¹⁵⁸⁵ “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito [...]”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 434.

Isso não significa que a administração pública em geral deixa de proferir decisões jurídicas em sociedade. Ao contrário, a administração profere decisões a todo momento, “aplicando a lei ao caso concreto”, porém, assim não o faz “com a autoridade da coisa julgada, uma vez que o interessado poderá requerer ao Poder Judiciário que profira decisão com força de coisa julgada¹⁵⁸⁶”.¹⁵⁸⁷

Esta é, destacadamente, a diferença elementar entre as duas modalidades de Jurisdição: enquanto na *una* a imutabilidade das decisões jurídicas recai unicamente sobre o Poder Judiciário, que detém o poder da última palavra jurídica, na *dual* os efeitos da coisa julgada se inserem igualmente nas decisões constituídas administrativamente na “administração” quando existente relação processual entre administração e administrado (ou administração vs. administração).¹⁵⁸⁸ Afinal, na modalidade dual “o controle jurídico da administração não precisa estar nas mãos dos tribunais ordinários; ele pode ser exercido por tribunais administrativos especiais¹⁵⁸⁹”.¹⁵⁹⁰

A Jurisdição **dual**¹⁵⁹¹ é conhecida por Jurisdição dualista, contencioso administrativo ou sistema francês – também em razão de sua origem¹⁵⁹². Nessa

¹⁵⁸⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. p. 353/4.

¹⁵⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 32.

¹⁵⁸⁸ “A função administrativa (matéria decidida) é diferente da função jurisdicional (decisão judicial, *res judicata*). No Brasil vigora o princípio da jurisdição una (CRFB, art. 5º, XXXV), ou seja, *una lex, una jurisdictio*. Tal orientação é a inversa daquela que se encontra na França, onde existe dualidade de jurisdição: a administrativa (contencioso administrativo) e a jurisdicional comum. A administrativa resolve litígios entre a administração e o administrado”. CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 48.

¹⁵⁸⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 400.

¹⁵⁹⁰ Os órgãos jurisdicionais se compõem de pessoas que, além de serem profissionais do direito, têm uma experiência prática na Administração. Porque é geralmente admitido que *juger L’administration, c’est encore administrer*. A partir desta composição, a organização jurisdicional obedece aos princípios de colegialidade (1) e de imparidade (2), e conhece a presença de um jurisconsulto independente (3) para preparar suas decisões. [...] Em contrapartida ao modelo anglo-saxão de juiz singular, a colegialidade implica a reunião de juízes para deliberar juntos sobre os litígios”. MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 544.

¹⁵⁹¹ “Da unidade da jurisdição decorre, ainda, no plano teórico, a impropriedade da ideia de um dualismo jurisdicional, nos sistemas que contêm o contencioso administrativo: nesses países a jurisdição é simplesmente, por razões de ordem pragmática e sólida tradição histórica, exercida em parte por órgãos do Poder Judiciário e, em parte, por órgãos estruturalmente ligados à Administração. Tem-se jurisdição, porém, lá e cá; a mesma jurisdição, distribuída segundo critérios de competência. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 142.

modalidade de Jurisdição há, além do Poder Judiciário, outra ordem jurisdicional paralela, situada, em seu nascedouro¹⁵⁹³, dentro do Poder Executivo, para “administrativamente” enfrentar e decidir, de maneira imutável, processos em que o Estado é parte ou interessado^{1594, 1595}. Na concepção francesa originária do Estado moderno, controlar por meio da atividade jurídica a atividade do Poder Executivo era uma função executiva, e não jurisdicional, não alcançável, dessa maneira, ao Judiciário – a função jurisdicional estava ligada, portanto, ao “direito privado”.

Nessa modalidade de Jurisdição, obrigatoriamente o Estado tem que estar ao menos em um dos polos da demanda – pode estar em ambos, como ocorre na disputa jurídica entre dois órgãos públicos (*intraneus* vs. *intraneus*). Mas na Jurisdição dual todos os conflitos envolvendo somente particulares (*extraneus*) serão

¹⁵⁹² “O Contencioso Administrativo incumbe-se de conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública é parte (autora ou ré) ou terceira interessada, cabendo as soluções das demais pendências ao Poder Judiciário. Nesse sistema, vê-se que a Administração Pública tem uma Justiça própria, localizada fora do Judiciário. Do mesmo modo que o sistema de jurisdição única, também se funda no princípio da separação dos Poderes. Essa separação impede o julgamento de um Poder por outro. Suas decisões, como as do Judiciário, fazem coisa julgada”. GASPARI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1041.

¹⁵⁹³ “*Em tal caso se habla de Jurisdicciones administrativas para indicar que se trata de órganos con potestad jurisdiccional que, sin embargo, se encuentran incardinados en el Aparato de la propia Administración y cuyos miembros no gozan de la independencia propia de los jueces*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 89.

¹⁵⁹⁴ “A França se inclui entre os países que adotam o sistema de dualidade de jurisdição e ostenta duas categorias jurisdicionais paralelas: a judiciária, exercida pelos tribunais ordinários, integrados por magistrados que se pronunciam sobre matéria civil, penal, comercial e trabalhista, e a administrativa, que dirime os litígios entre os cidadãos e as autoridades administrativas. Os tribunais judiciários são organizados segundo uma hierarquia em cujo ápice se situa a Corte de Cassação. Da mesma forma, os tribunais administrativos são submetidos ao controle de uma Corte Suprema: é o Conselho de Estado que se apresenta, ao mesmo tempo, como tribunal de primeira e última instância para questões mais importantes, tribunal de apelação dos tribunais administrativos regionais e tribunal de cassação de numerosas jurisdições administrativas especializadas”. GAZIER, François. **A experiência do Conselho de Estado francês**. Revista Do Serviço Público, 2017, v. 41, n. 2, p. 63-67. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2127>. Acesso em: 26 dez. 19. p. 64.

¹⁵⁹⁵ GASPARI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 1041. Em complemento: “Nasceu na França e é hoje acolhido na Itália, na Alemanha e no Uruguai, entre outros países. No Brasil, durante o império, tentou-se sua instituição e na Constituição de 1967 previu-se um mecanismo com esse nome, mas sem seus principais atributos, que nunca chegou a ser implantado. Em nosso ordenamento jurídico existem tribunais administrativos, a exemplo do Tribunal Marítimo e do Tribunal de Impostos e Taxas, que, em absoluto, não se confundem com o Contencioso Administrativo que acabamos de conceituar. Os tribunais administrativos são colegiados da Administração Pública com competência decisória sobre matérias específicas, sem que suas manifestações façam coisa julgada. De sorte que contra suas decisões cabe recurso judicial” (p. 1041/2).

obrigatoriamente dirimidos pelo Poder Judiciário, não sendo a “justiça administrativa” competente para tanto.

Na França¹⁵⁹⁶, por exemplo, a justiça administrativa parte do interesse público derivado do direito administrativo para organicamente dimensionar sua competência.¹⁵⁹⁷ Os órgãos jurisdicionais mais comuns são os tribunais administrativos, que possuem competência¹⁵⁹⁸ graciosa e contenciosa, organicamente especializadas, inclusive em âmbito disciplinar de ordens profissionais.

Em regra, as decisões são colegiadas, envolvendo juízes e membros da administração pública, não obstante a existência de julgamento singular. Questões menos complexas não são suscetíveis de recurso, apenas de questionamento formal em ação própria anulatória (*pourvoir en cassation* ou *recours pour excès de pouvoir*). Os recursos podem ser propostos perante uma corte de apelação ou Conselho de Estado¹⁵⁹⁹, órgão máximo administrativo, também responsável pelo

¹⁵⁹⁶ “Ela determina a separação do sistema jurisdicional em duas ordens. De um lado, Justiça da ordem administrativa, competente para julgar a maioria das causas envolvendo o Estado, uma coletividade territorial ou um serviço público e que tem como órgão supremo o Conselho de Estado. De outro, os demais litígios, que são submetidos à ordem judiciária, em cujo topo hierárquico situa-se a *Cour de cassation*”. BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 522.

¹⁵⁹⁷ “A jurisdição administrativa julga os litígios entre uma pessoa pública e uma pessoa privada (um particular, uma associação, uma sociedade) ou entre duas pessoas públicas. Esta competência abrange múltiplos domínios, como liberdades públicas, polícia administrativa, tributos, contratos administrativos, função pública, saúde pública, concorrência, direito ambiental, organização territorial e urbanismo. Escalão supremo da ordem jurisdicional administrativa, o Conselho de Estado é organismo essencial na relação entre os cidadãos e os poderes públicos. Apenas o juiz administrativo pode anular ou reformar as decisões tomadas pelas autoridades que exercem o poder executivo, as administrações centrais ou descentralizadas e seus agentes, as coletividades territoriais ou os órgãos públicos situados sob sua autoridade ou sua tutela”. FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar**. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/pt>. Acesso em: 6 jun. 2020.

¹⁵⁹⁸ “A jurisdição administrativa exerce, na França, duas funções distintas: atua como uma jurisdição propriamente dita, conhecendo e julgando as causas que envolvam questões administrativas e como consultora jurídica do Governo e da Administração”. DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-modelo-frances-de-jurisdiacao-administrativa-e-sua-influencia-na-criacao-do-conselho-de-estado-brasileiro-no-periodo-imperial/>. Acesso em: 5 dez. 19.

¹⁵⁹⁹ “O Conselho de Estado é o conselheiro do governo na preparação de projetos de lei, de *ordonnances* e de alguns decretos. Atende a solicitações governamentais de pareceres sobre questões jurídicas e realiza, sob requisição governamental ou por iniciativa própria, estudos sobre

julgamento da ação anulatória, possuindo grande maleabilidade em matéria jurisdicional, podendo ser órgão de primeira ou última instância, a depender da matéria.¹⁶⁰⁰

Em suma, do ponto de vista histórico¹⁶⁰¹, a Jurisdição dual francesa repousa sob duas premissas¹⁶⁰²: a primeira delas é que, no período absolutista, a Jurisdição era a *longa manus* do rei; então, diante disso, os revolucionários mantinham certa desconfiança dos juízes, preferindo manter conselhos paralelos para controlar a atividade pública do que relegar a função ao Poder Judiciário, temendo o retorno do antigo regime se assim não procedessem.¹⁶⁰³ Em segundo lugar, a separação de Poderes acabou por induzir, a partir do Estado constitucional liberal, a impossibilidade do Judiciário interferir na atividade do Executivo, e isso incluía, acompanhando a leitura francesa sobre os ensinamentos de Montesquieu¹⁶⁰⁴, o controle judicial da relação entre o Estado e os particulares¹⁶⁰⁵ -

questões administrativas ou políticas públicas. O Conselho de Estado é também o juiz administrativo supremo: é o julgador de última instância das atividades do poder executivo, das coletividades territoriais, das autoridades independentes e dos estabelecimentos públicos administrativos ou dos organismos que dispõem de prerrogativas de poder público. Por sua dupla função, jurisdicional e consultiva, o Conselho de Estado assegura a submissão efetiva da administração francesa ao Direito. Constitui, portanto, um dos mecanismos essenciais do Estado em nosso país. Enfim, o Conselho de Estado é o administrador geral de todos os tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação". FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar.**

¹⁶⁰⁰ BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. p. 538-545.

¹⁶⁰¹ "A estrutura da justiça administrativa na França tem seu berço na revolução francesa de 1789 e se fundamenta na desconfiança do poder revolucionário em relação ao Poder Judiciário que representava o antigo regime". DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial**.

¹⁶⁰² ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 303-305.

¹⁶⁰³ "A partir de uma interpretação rígida do princípio da separação de poderes, da desconfiança em relação aos juízes do antigo regime e da dicotomia entre o público e o privado, instituiu-se a dualidade de jurisdição: a) Conselho de Estado: responsável pela jurisdição administrativa (contencioso administrativo) e integrante do Poder Executivo, mas independente em relação ao chefe de Estado; e b) Corte de Cassação: incumbida da jurisdição comum e integrante do Poder Judiciário. A evolução do Direito Administrativo francês pode ser atribuída, em grande parte, à evolução jurisprudencial do Conselho de Estado e à atividade doutrinária, com destaque para Joseph-Marie (Barão de Gérando), professor da cadeira pioneira de Direito Administrativo na Universidade de Paris, Henri Berthélémy, Maurice Hauriou, Leon Duguit, Gaston Jèze, Marcel Waline, André de Laubadère, Jean Rivero, Charles Debbasch, Georges Vedel, René Chapus, Pierre Devolvé, Jacqueline Morand-Deville, François Burdeau, entre outros". OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 6.

¹⁶⁰⁴ "El fundamento teórico de este fenómeno en el S. XIX se encuentra en la interpretación de la

*“se entendía en el sentido de que los Jueces ni deben inmiscuirse en los asuntos de la Administración [...] ni debem tampoco juzgarla de ninguna forma”.*¹⁶⁰⁶

Em verdade, a distinção das esferas da justiça em judicial e administrativa também pode ser explicada segunda as respectivas funções e finalidades, notadamente a partir de uma divisão muito mais antiga, proveniente dos romanos, consistente da distinção entre direito público e direito privado. Após a releitura do direito romano pelos juristas do século XIX, o direito privado passou a ser fundado no direito natural, enquanto o direito público na vontade do Estado.¹⁶⁰⁷ Essa construção dogmática sobre a interpretação e aplicação da lei exigiu a criação de um controle dogmático sobre a interpretação e aplicação da lei ao caso concreto, cabendo ao Judiciário cuidar dos direitos individuais e ao Executivo do interesse geral da nação. Nessa separação, os direitos individuais foram elevados a uma categoria superior, por isso sobre eles implementadas amarras interpretativas ao ponto de tornar o juiz a mera boca da lei, enquanto ao governante foi atribuído elevado grau de discricionariedade.¹⁶⁰⁸

teoría de la división de poderes que prevaleció en el curso de la Revolución Francesa: la separación entre el poder ejecutivo y el judicial impede que éste pueda juzgar aquel, a la Administración, cuando entra en litigio con los particulares, pues juzgar a la Administración equivale a administrar y, em consecuencia, a una invasión por los jueces de um terreno que no es suyo”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 144.

¹⁶⁰⁵ MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**. Tomo II: *Historia de las instituciones jurídico-administrativas*. 4 ed. Madrid: Ministério de la Presidencia. *Boletín Oficial del Estado*, 2015. p. 175.

¹⁶⁰⁶ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 92.

¹⁶⁰⁷ “À distinção entre as esferas de Justiça, segundo suas funções e finalidades, deve-se adicionar outra divisão, muito maia antiga: distinção entre direitos públicos e privados, objetos das Justiças administrativa e judicial. Constituída pelo direito romano, a separação entre direito público e privado, estudada e conhecida pelos juristas do século XIX, foi apropriada e ressignificada, passando a gozar de fundamentos normativos distintos aos dos romanos. O direito privado, no século XIX, passou a se fundamentar no direito natural, enquanto o direito público fundou-se na vontade da nação, prescrevendo-se, ainda que de forma silenciosa, uma hierarquia entre os dois ramos do direito. Superior, por ser natural, o direito privado merecia um tratamento diferenciado ao direito público”. MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito**. p. 286..

¹⁶⁰⁸ “A construção de uma dogmática da interpretação e da aplicação da lei, provocou, por medida de segurança, uma dogmática de controle da aplicação e interpretação da lei. O principal postulado dogmático era aquele que distinguia os agentes aplicadores, cabendo ao Judiciário os direitos individuais e ao Executivo o direito público. A partir dessa separação, houve uma atenção maior aos direitos individuais e, portanto, ao Judiciário, sendo o Executivo compreendido como um poder com alto grau de discricionariedade, enquanto os magistrados eram bocas da lei. Toda a dogmática da aplicação e controle da lei acaba por convergir para a separação entre os poderes, mas fundante dos direitos que se aplicavam nas duas esferas eram os direitos naturais e os direitos públicos”. MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito**. p. 285.

Sem embargo, espelhado no modelo francês, não apenas a França, mas no início do século XIX, praticamente todo o continente europeu considerava a Jurisdição administrativa uma atribuição exclusiva do Poder Executivo, inerente ao seu poder de autotutela, cuja competência para solucionar os conflitos foi paulatinamente sendo compartilhada com tribunais independentes, de modo que o recurso judicial constituía a segunda instância de julgamento, modelo que perdurou até o final do século XIX, quando a Europa continental preferiu confiar os julgamentos administrativos unicamente a tribunais independentes, especializados e com amplos poderes de revisão – nascendo, assim, a Jurisdição dual, desvinculada do Executivo, como atualmente a conhecemos.¹⁶⁰⁹

Foi o reconhecimento¹⁶¹⁰ da independência¹⁶¹¹ que possibilitou a Jurisdição administrativa – em sua modalidade dual – ser exercida de modo dissociado do Executivo, ainda que não situada dentro do Poder Judiciário, a exemplo da *justice déléguée* de 1872¹⁶¹².¹⁶¹³

¹⁶⁰⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 91/2.

¹⁶¹⁰ “Em breve resumo, pode-se, então, identificar três fases do reconhecimento da autonomia da justiça administrativa francesa. A primeira fase se dá no início do movimento revolucionário (1790) com a interdição do julgamento das causas administrativas pelo Juiz judicial, isto é cria-se um novo modelo de justiça para o julgamento destas causas. A segunda fase ocorre com o julgamento do caso Cadot, quando se reconhece o poder do Juiz administrativo para conhecer e julgar todos os atos da Administração. E, por fim, a terceira fase se dá no momento em que o Conselho Constitucional reconhece a atividade jurisdicional da justiça administrativa (1980 e 1987)”. DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial**.

¹⁶¹¹ O grande problema encontrado no exercício dessa Jurisdição administrativa é a falta de independência e de imparcialidade diante da possibilidade do chefe do Poder Executivo nomear, movimentar e substituir livremente os julgadores, o que, além da ausência de garantias, de forma imediata ao julgador e mediata à sociedade, acaba por sedimentar, diante dessa possibilidade de influência e submissão à hierarquia, que inexistia isonomia entre as partes, pois o próprio julgador se confunde com uma delas consistente na figura do Estado. Surgiu, assim, diante de uma reação radical contra esse fenômeno capitaneada pelos partidos de esquerda na Europa do século passado a teoria judicialista indicando a obrigatoriedade do contencioso-administrativo estar submetido ao Poder Judiciário, na Jurisdição ordinária composta por juízes independentes, distante do Poder Executivo. Este modelo é denominado Jurisdição una, exercida com exclusividade *ad intra* pelo Poder Judiciário - diante de um monopólio estatal da Jurisdição (*ad extra*). OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 146/7.

¹⁶¹² “A história do *Contentieux Administratif* remonta ao *Ancien Régime* com Tribunais especializados em matérias administrativas e delegação direta do rei, mas foi com a Revolução Francesa que iniciou a assumir os contornos hodiernos, especialmente a partir da Lei de 16-24 de agosto de 1790, que estatui a separação entre as funções judiciária e executiva no Título III, art. 13, ao dispor que: *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des*

6.3 PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

Delineados os *sistemas jurídicos* e os *modelos jurisdicionais* estatais, acompanhando os registros efetuados na primeira parte da presente pesquisa, dois destaques podem ser realizados para inaugurar o presente tópico: o primeiro deles é que, a partir do Estado democrático social, o Estado passou a ofertar inúmeros serviços públicos à população, criando incontáveis órgãos estatais; o segundo deles é a incapacidade estatal para a resolução dos conflitos jurídicos por meio da Jurisdição monopolizada, acarretando com que diversos desses órgãos considerados administrativos passassem a exercer uma função quase jurisdicional, como modo alternativo de assegurar direitos em sociedade.

Esses órgãos atuam de maneiras distintas de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado. A ideia do presente tópico é apresentar como se desenvolve o procedimento administrativo perante esses órgãos que, assim como o Poder Judiciário, tomam decisão jurídica em sociedade, diferindo apenas nos seus efeitos, pois não formam a *res judicata*.

Assim, nessa esfera do “processo administrativo” existente nesses órgãos públicos administrativos, é possível observar que a solução da contenda jurídica reside na forma como cada Estado se organiza com relação à expectativa da última palavra jurídica: se a resolução da questão está concentrada na fase judicial ou extrajudicial. Em outras palavras, se o foco jurídico fático-probatório está na *decisão inicial administrativa*, na *reconsideração administrativa* da decisão inicial ou na

fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux, les administrateurs pour raison de leurs fonctions. O sistema então inaugurado foi denominado de justiça administrativa retida, na qual o Conselho de Estado emitia pareceres meramente opinativos, vigorou até 1872, quando foi instalado o sistema da justiça delegada, e o Conselho de Estado firmou-se como ente autônomo. Necessária a menção que, não obstante, em tese, o chefe do Executivo pudesse alterar o teor dos pareceres, não há registro de tal ocorrência durante o sistema de justiça delegada. A partir de 1872 o Conselho de Estado assumiu outra feição”. PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A Justiça Administrativa em Resposta a: Perspectiva Comparada**. Sem indicação de página.

¹⁶¹³ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental versus influência norte-americana.

*revisão judicial*¹⁶¹⁴ – as duas primeiras, em princípio, de cunho não judicial. É isso que se pretende demonstrar na exposição que segue, especialmente sob a ótica do “devido processo legal”. A classificação dos procedimentos abaixo destacados será desenvolvida precipuamente conforme a divisão de cinco modelos proposta por Asimow.¹⁶¹⁵

Antes de tratar das cinco categorias destacadas por Asimow em sua classificação, serão expostos pontualmente destaques sobre a forma geral de controle jurisdicional da atividade administrativa – tendo em vista que em regra o processo administrativo desagua posteriormente na Jurisdição – e uma pequena introdução sobre a normatização universal acerca do **devido processo legal** – diante do fato da observância dele interferir diretamente no conteúdo a ser analisado na atividade jurisdicional de controle da decisão administrativa.

Reforçando o anteriormente traçado nesta pesquisa, com o surgimento do Estado liberal e a interpretação francesa sobre a separação dos Poderes políticos do Estado, implementou-se uma cultura jurídica de não permitir o controle da atividade estatal pelo Poder Judiciário, modelo de Jurisdição dual que foi amplamente seguido naquelas primeiras etapas no Estado moderno pelos Estados adotantes do sistema da *civil law*.

Não obstante essa prevalência inicial do modelo dualista francês, com a ampliação do direito administrativo o modelo de Jurisdição una foi crescendo e conquistando seu espaço no continente europeu¹⁶¹⁶ e em outros Estados no

¹⁶¹⁴ “Asimow (2015) afirma que um país deve priorizar a aplicação de recursos financeiros apenas em uma das três fases da jurisdição administrativa, a fim de evitar desperdício. Nos EUA, os maiores recursos são investidos na fase da decisão inicial. As demais fases (reconsideração e revisão judicial) somente são viáveis nos casos de decisões iniciais desarrazoadas ou legalmente erradas”. ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 137-145, jan./abr. 2017.

¹⁶¹⁵ ASIMOW, Michael R. **Five Models of Administrative Adjudication (July 17, 2015)**. Stanford Public Law Working Paper No. 2632711. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2632711> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2632711>. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁶¹⁶ “Atualmente, há Conselhos de Estado com funções de jurisdição administrativa: França, Países Baixos, Bélgica, Itália, e Grécia; vê-se sistema judicial de jurisdição administrativa com corte suprema específica nos seguintes países: Alemanha, Áustria Portugal, Luxemburgo, Suécia,

mundo.¹⁶¹⁷ Então, o modelo de Jurisdição dual passou a se aproximar estrutural e organicamente do modelo de Jurisdição una, característico até então dos Estados optantes pelo sistema da *common law*, eliminando, a partir dessa etapa, Jurisdições paralelas.

Também no campo evolutivo, a lacuna preliminarmente deixada nesse modelo de sistema da *common law* diante de uma “quase imunidade jurisdicional da Administração¹⁶¹⁸” foi compensada posteriormente com o surgimento de “organismos administrativos investidos de atribuições jurisdicionais [...] ou de uma jurisdição administrativa primária (*primary jurisdiction*)”, com órgãos “quase jurisdicionais” – conforme abordará no tópico seguinte deste capítulo –, que desenvolvem um processo administrativo extrajudicial em que é assegurado o “devido processo legal”, dando-se ênfase à solução do conflito na esfera extrajudicial, não obstante o sistema da *common law* possuir como característica o

Finlândia, República Checa, Polônia, Lituânia; tem-se sistema judicial de jurisdição administrativa dotado de corte suprema com competência comum, administrativa e civil na Espanha, Suíça, Eslovênia, Hungria, Romênia e Estônia; há sistema judicial de jurisdição única (sistema judicial monista) no Reino Unido, na Irlanda, em Malte e em Chipre”. Ver FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*. Paris: PUF, 2006. p. 120 e seguintes. Ver também ZILLER, Jacques. *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. Paris: Montchrestien, 1993. [...] “Na América Latina atual, há somente dois exemplos de jurisdição administrativa extrajudicial: o Uruguai, com o *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, desde 1934, e o México, com o *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, criado em 1937, os quais são inspirados no *Conseil d'État de 1872*”. PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana**. p. 104/5, p. 438-445. e p. 101, em nota de rodapé.

¹⁶¹⁷ “Os sinais de tensão entre estas duas grandes culturas jurídicas são múltiplos. As alterações até agora descritas parecem apanhar desprevenida a tradição romano-germânica (ou de direito civil), uma vez que a mundialização dá mostras de favorecer grandemente um alargamento das representações da *common law* (pragmatismo da abordagem, prestígio do juiz, autoridade do precedente, importância do carácter público conferido aos argumentos, confronto das partes). Os meios jurídicos franceses escandalizaram-se recentemente com a publicação de um relatório do Banco Mundial em que, para além de a justiça francesa ficar muito mal posicionada - o que foi considerado uma humilhação pelos franceses - se concluiu, em termos gerais, que os direitos romano-germânicos se mostravam relativamente ineficazes quando comparados aos sistemas de *common law*.” GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 51/2.

¹⁶¹⁸ Repisando: “O Direito Administrativo, conforme mencionado no item 1.1, tem sua origem no Direito francês, com o julgamento do caso Blanco (*arrêt Blanco*), julgado em 1783, e a promulgação da lei do 28 pluviôse do ano VIII de 1800, que reconheceram a autonomia científica desse ramo do Direito, dotado de institutos, métodos e princípios próprios que não se confundiam com o tradicional Direito Civil”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 6.

modelo monista de Jurisdição, ou seja, a função jurisdicional é exclusividade do Poder Judiciário.¹⁶¹⁹

Esse “devido processo legal”, sob o viés normativo histórico e do ponto de vista procedimental e como uma medida necessariamente prévia a qualquer atuação pública restritiva de direitos individuais, decorre da influência estadunidense oriunda da Emenda de 1791 à Constituição dos Estados Unidos da América, não obstante encontrar raízes inglesas da Carta Magna de 1215 e a expressão ter sido cunhada possivelmente pela primeira vez em um documento oficial inglês no *Liberty of Subject Act (28 Edward 3)*, de 1354, algo que não foi acompanhado inicialmente no direito continental europeu, adotante em regra do sistema da *civil law* e do modelo da Jurisdição dual. A Declaração de Direitos Humanos de 1789 não consagrou o “devido processo legal prévio”, limitando-se a tratar da prisão penal, sem mencionar que se estendia à proibição da restrição de bens sem que houvesse um julgamento prévio. Igualmente ocorreu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – “refere-se a uma justa defesa para a determinação dos direitos e deveres dos indivíduos, o que equivale a dizer direito a uma proteção judicial visando à solução de um conflito”.¹⁶²⁰

Em outro norte, ainda na evolução normativa histórica, a perspectiva derivada da *common law* com relação ao “devido processo legal procedimental” encontrou correspondência posteriormente na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) onde está previsto que a causa, no âmbito civil ou penal, deve ser submetida à apreciação de um juiz e tribunal independente e imparcial, semelhante ao registrado no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), que além da imparcialidade e independência acresce a competência para o julgamento, assim como orientam a Convenção Americana de Direitos Humanos

¹⁶¹⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina:** tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 102. Em complemento na nota de rodapé: “Rivero associa claramente o enfraquecimento do sistema judicial monista ao surgimento da “jurisdição primária” dentro do Executivo, que, no Reino Unido, em 1948, chegava ao número de 207 espécies de jurisdições especializadas (RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo. São Paulo: RT, 2004. p. 136).

¹⁶²⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina:** tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 171.

(1969), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). Porém, do ponto de vista de uma jurisdição administrativa, nenhuma delas implica ao Estado “a imposição de uma jurisdição necessariamente prévia a decisões administrativas restritivas de direitos individuais¹⁶²¹”.

Como decorrência do “devido processo legal”, o órgão julgador ao prolatar a decisão deve ser imparcial e independente – “garantias de um devido processo legal (*fair trial*)”, somente se podendo falar em processo, ao invés de procedimento, nessas situações. E para diferenciar a atuação de autoridades administrativas que não judiciais se reconhece o termo “processo administrativo não judicial (ou extrajudicial)”. Apesar de no Brasil se qualificar como processo o procedimento administrativo presidido por autoridades administrativas sem independência, na Europa se conceitua como processo administrativo os que são regidos por tribunais judiciais ou que tramitem perante uma autoridade independente estranha ao Judiciário.¹⁶²²

E de igual forma ocorre nos Estados Unidos e Reino Unido, maiores expoentes do sistema da *common law*, onde há uma tradição em se concretizar um processo administrativo dotado de contraditório efetivo na fase investigatória e decisória conduzidas por agentes com relativa independência que não fazem parte do Poder Judiciário e nem se imiscuem no Poder Executivo, havendo observância do devido processo legal na esfera administrativa não judicial, restringindo, por uma consequência cultural – e não necessariamente jurídica –, a revisão judicial dessas decisões, que normalmente se limitam a observar a legalidade e a “razoabilidade” dentro de um lapso temporal bastante exíguo, mediante provocação, sob pena de “preclusão”.¹⁶²³

¹⁶²¹ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 171.

¹⁶²² PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 188.

¹⁶²³ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 188.

Cuidando de modo específico do modelo administrativo tipicamente **estadunidense**, nele é observado o contraditório e assegurada uma audiência presidida por um juiz administrativo relativamente independente, semelhantemente ao que ocorre no processo judicial, mas com *regras* mais informais. Os juízes administrativos são contratados por *agências* após rigoroso processo seletivo, e possuem vitaliciedade a partir da admissão. Os funcionários da agência não podem se comunicar extraoficialmente com os juízes administrativos, e o recurso das decisões é apresentado perante a autoridade máxima na própria agência, ocasião em que novas evidências normalmente não são aceitas. Eventual *impugnação judicial* posterior é de cunho “*fechado*”, onde não há instrução probatória ou a possibilidade de apresentação de novos argumentos não deduzidos anteriormente na esfera administrativa.¹⁶²⁴

Em regra, as partes são representadas por advogado. Mas há exceções, como nos casos de concessão de benefícios previdenciários e naqueles envolvendo os veteranos de guerra, onde normalmente o Estado não é representado por procurador – nem o postulante –, cabendo a um juiz administrativo, ou a um funcionário da agência, julgar o processo zelando pela legalidade e interesse de ambas as partes.¹⁶²⁵

Em outro turno, também acompanhando os desdobramentos do sistema da *common law*, no **Reino Unido** a tramitação é muito semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos, havendo uma diferença com relação à fase recursal, que necessariamente se desenvolve perante um *tribunal administrativo* independente da *agência* que proferiu a decisão inicial, e normalmente existe uma corte específica para cada matéria. Há um segundo grau de reconsideração, que avalia questões de legalidade, com poderes para conceder remédios judiciais, podendo ser compreendido não apenas como o segundo grau para a *reconsideração administrativa*, mas também como o primeiro nível de apreciação judicial, que é

¹⁶²⁴ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 137-145, jan./abr. 2017. p. 140.

¹⁶²⁵ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 140.

“fechada” e não admite a reanálise de fatos nem a produção de novas provas ou argumentos.¹⁶²⁶

Há em regra a observância do *contraditório* nos procedimentos, mas alguns são *inquisitivos*, onde postulante e Estado não são representados por procurador. A *revisão judicial* é limitada a reanálise da legalidade, mas pode corrigir eventuais distorções na aplicação da lei e erros graves – a estrutura da Inglaterra será tratada novamente no decorrer da presente pesquisa.¹⁶²⁷

Outra diferença entre os Estados Unidos e o Reino Unido é que, enquanto o primeiro dá ênfase à primeira fase, de *decisão administrativa*, o segundo concentra seus investimentos na segunda fase, de *reconsideração administrativa*.¹⁶²⁸

Os modelos acima descritos, dos Estados Unidos e do Reino Unido, são os dois primeiros dentre as cinco categorias gerais de classificação proposta por Asimow¹⁶²⁹ para o controle estatal da decisão jurídica limitadora de direitos individuais, que podem variar com diversas combinações possíveis, desde a forma como a decisão está estruturada – *decisão inicial administrativa*, *recurso administrativo* ou *revisão judicial* –, passando pelos órgãos responsáveis pela tomada de decisão, que poderia ser uma *agência* de funções combinadas ou um *tribunal administrativo*, avançando pela adoção de um sistema processual *inquisitivo* ou dotado de efetivas *garantias*, culminando em um controle judicial que pode ser

¹⁶²⁶ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 141.

¹⁶²⁷ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 142.

¹⁶²⁸ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 142.

¹⁶²⁹ “This article proposes a methodology for classifying such systems. It identifies four key variables: combined function agencies or separate tribunals, adversarial or inquisitorial procedure, judicial review that is open to introduction of new evidence or closed to new evidence, and judicial review by generalized or specialized courts. The article identifies five models in common use around the world that involve different combinations of these variables. The United States, for example, uses combined function agencies, adversarial procedure, and closed judicial review in generalist courts. On the other hand, the United Kingdom employs an independent tribunal to reconsider initial agency decisions. And France employs open judicial review in a specialized court. Each of these models can deliver accurate and efficient decisions while preserving fairness”. ASIMOW, Michael R. **Five Models of Administrative Adjudication (July 17, 2015)**.

“*aberto*”, admitindo a análise de novas evidências, ou “*fechado*”, vedando a reabertura da instrução probatória ou apresentação de argumentos inéditos – nesse último caso, para o controle de legalidade e razoabilidade, corrigindo a interpretação do direito ou os erros considerados graves.¹⁶³⁰

A terceira classificação proposta por Asimow é a decorrente da maior parte dos **Estados da Europa continental**. Neles, a decisão administrativa se desenvolve por meio de procedimento *inquisitivo* em *agências* e *órgãos* não judiciais, inclusive na fase de reconsideração administrativa, havendo um posterior *controle judicial* amplo, por meio de cortes especializadas, permitindo desde a reanálise dos fatos, até a reabertura da instrução processual e a propositura de novos argumentos (“*aberto*”). Acarreta despesas elevadas em razão da necessidade de manutenção de uma estrutura especializada¹⁶³¹, ocasionando também diversos conflitos de competência com a Jurisdição comum, além de estimular a maior judicialização se comparado ao modelo de Jurisdição comum.¹⁶³²

Na *França*, por exemplo, as agências devem propiciar uma audiência “justa” antes da decisão denegatória, em um processo inquisitorial mas que deve observar uma notificação prévia regular, a possibilidade de defesa e acarretar uma decisão fundamentada, permitindo recurso administrativo dentro da própria agência¹⁶³³. As cortes administrativas, que recebem os recursos oriundos das agências, integram, de certa forma, o Poder Executivo¹⁶³⁴, e não o Judiciário, aos moldes da Revolução Francesa – não obstante, o “Conselho Constitucional francês considerou, mesmo sem previsão expressa na Constituição, a justiça administrativa

¹⁶³⁰ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 140.

¹⁶³¹ “O Conselho de Estado é uma entidade autônoma vinculada orçamentariamente ao Ministério da Justiça”. GAZIER, François. **A experiência do Conselho de Estado francês**. p. 64.

¹⁶³² ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 141.

¹⁶³³ Sobre o procedimento administrativo francês, vide: MARINHO, Ana Paula Trindade; SALEMKOUR, Samir. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. p. 547-581.

¹⁶³⁴ Ainda que em uma visão piramidal, e não orbital, conforme será traçado posteriormente nessa pesquisa.

como uma verdadeira jurisdição autônoma e independente¹⁶³⁵;¹⁶³⁶ as cortes de apelação recebem recursos das cortes administrativas¹⁶³⁷. O Conselho de Estado é o órgão administrativo supremo. A revisão das cortes administrativas é do tipo aberto, mas em regra não substituem a decisão das agências, somente em casos de manifesto erro de fato ou de discricionariedade – proporcionalidade.¹⁶³⁸

Na *Alemanha*, por sua vez, os tribunais administrativos integram o Poder Judiciário, e a via administrativa alcança todos os litígios de direito público que não contenham natureza constitucional; a revisão judicial é do tipo aberto. Muitos procedimentos são inquisitivos com o objetivo de resguardar a parte mais vulnerável (particular). Nesses dois Estados, França e Alemanha, a fase do procedimento perante as cortes administrativas é a tida como a mais importante.¹⁶³⁹

A quarta classificação tangencia o modelo adotado pela **União Europeia**, para tratar de temas específicos como concorrência, subsídios governamentais e comércio internacional. O procedimento é *inquisitivo*, tanto na fase inicial quanto na de reconsideração, e tramita fora dos Estados-membros. Eventual *revisão judicial* é do tipo *fechado* e ocorre perante as cortes do Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁶⁴⁰ Por fim, a **quinta classificação** é observada na China, Japão e

¹⁶³⁵ DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial.**

¹⁶³⁶ FRANÇA. *LE CONSEIL CONSTITUCIONEL. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.* Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>. Acesso em: 6 mar. 2020.

¹⁶³⁷ “Percebe-se que o reconhecimento constitucional da atividade judicante da justiça administrativa somente se dá quase dois séculos depois da sua criação. Em 1980, o Conselho Constitucional reconheceu no corpo da sua decisão que “considerando que resulta das disposições do artigo 64 da Constituição no que diz respeito à autoridade judicial e dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República no que diz respeito, desde a lei de 24 de Maio de 1872, ao órgão jurisdicional administrativo, que a independência dos órgãos jurisdicionais é garantida bem como o caráter específico das suas funções sobre as quais não podem intrometer-se nem o legislador nem o Governo; não cabendo nem ao legislador nem ao Governo a censura das decisões dos órgãos jurisdicionais, a sua direção e a sua substituição no julgamento dos litígios de suas respectivas competências.” DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial.**

¹⁶³⁸ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes:** uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 141.

¹⁶³⁹ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes:** uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 141.

¹⁶⁴⁰ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes:** uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 142.

Argentina, onde a fase administrativa, desde o início até a reconsideração, é *desestruturada*, inexistindo definição da matéria fática. A fase mais importante nessa última classificação é a *judicial*, pois é admitida uma revisão plena do tipo *aberto*, semelhante ao que ocorre no Brasil.¹⁶⁴¹

Dessa forma, é possível que observar que, independentemente do sistema adotado, seja *civil law* ou *common law*, ou da modalidade seguida para o exercício da Jurisdição, una ou dual, a decisão considerada administrativa passa a ter relevância no mundo jurídico, de modo inclusive a possibilitar eventual reconhecimento da coisa julgada¹⁶⁴², quando na tramitação é observado o *devido processo legal*, com todas as suas características, desde o reconhecimento de um órgão julgador competente, independente e imparcial, passando pela ampla possibilidade probatória, argumentativa e dotada de efetivo contraditório, culminando com uma decisão jurídica fundamentada e, nas situações mais relevantes, passível de recurso.

Nas hipóteses que os órgãos administrativos possuem maior autonomia, normalmente naqueles existentes em Estados adotantes da *common law*, o controle judicial posterior – depois de encerrado o procedimento administrativo –, ainda subsiste para verificação da legalidade e razoabilidade, por vezes em recursos infundáveis, especialmente quando essa fase preliminar à Jurisdição é desestruturada, como ocorre em grande parte dos Estados optantes pelo sistema da *civil law*, incluindo neles o Brasil. Apesar do devido processo legal, e da manutenção de enormes estruturas administrativas, o Estado ainda é obrigado a rever a sua própria decisão, mesmo que de maneira fechada, acarretando, certamente, enormes gastos públicos e desperdício de tempo, tanto do funcionário público, quanto do particular.

¹⁶⁴¹ ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes**: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. p. 143.

¹⁶⁴² “Há certa celeuma em torno da utilização da nomenclatura ‘coisa julgada’ na esfera administrativa, pois, tradicionalmente utilizada no processo judicial, ela revelaria a impossibilidade de modificação da decisão (‘definitividade absoluta’). No âmbito administrativo, a definitividade da decisão é relativa, restringindo-se à esfera administrativa, uma vez que a decisão pode ser revista no âmbito jurisdicional. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 362.

6.4 O EXEMPLO ORGANIZACIONAL DA COMMON LAW INGLESA

O presente tópico foi desenvolvido integralmente com base nos ensinamentos de René David, disponíveis em sua obra “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”¹⁶⁴³, e tem por escopo analisar a organização judiciária inglesa para demonstrar como é possível prestar o serviço jurisdicional de uma maneira bastante ampla e relativamente informal por meio de órgãos administrativos ou de juízes leigos e de paz, inclusive em matérias jurídicas normalmente reservadas ao juiz ordinário, como penal, família, criança e adolescente.

O direito inglês é o praticado na Inglaterra e no País de Gales, e não se confunde com o *commonwealth*¹⁶⁴⁴ ou com o Reino Unido, e se diferencia do direito romano-germânico pela forma como os dois surgiram e se desenvolveram durante os séculos.

Na Europa continental as universidades, a partir do século XIII, intensificavam o estudo do direito romano nos cursos de ciência jurídica (ou *jurisprudencia*) e pouco se debatia sobre o estudo dos costumes; nesses países só havia juristas licenciados com formação em direito, assim como extensas codificações, notadamente a partir da Revolução Francesa, sob o ideário iluminista, que também influenciou o legislador a regular a conduta do indivíduo.

Enquanto isso, inexistia codificação no direito inglês, e sua base de sustentação é a jurisprudência, ligada ao contencioso, não havendo caráter de generalidade como ocorre nos Estados que adotam regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador. Por essa razão, é desconhecida na Inglaterra a diferenciação entre direito público e privado.¹⁶⁴⁵ “O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e

¹⁶⁴³ DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 415-432.

¹⁶⁴⁴ Comunidade de 53 nações britânicas, que em sua grande maioria faziam parte do império britânico.

¹⁶⁴⁵ DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3.

práticos¹⁶⁴⁶”.

Em ambos os casos as situações históricas moldaram as respectivas atitudes. A inglesa se estabeleceu naturalmente em um país em que não existia um corpo de direito para se basear e onde os juízes foram levados a construir empiricamente a *common law*. De outro lado, ao contrário, a *civil law* derivou de estudos acadêmicos aprofundados, mas talvez um pouco mais teóricos e dissociados da prática.¹⁶⁴⁷

E nessa matriz inglesa de Jurisdição voltada fundamentalmente à resolução dos conflitos judiciais, não apenas a concepção sobre o direito, mas também a sua organização judiciária apresenta especificidades que a burocracia romano-germânica não nos permitiu observar.

Atualmente¹⁶⁴⁸, a esmagadora maioria dos litígios existentes na Inglaterra e País de Gales é solucionada por tribunais considerados inferiores, por comissões do contencioso administrativo ou por árbitros privados, fiscalizados pelos tribunais superiores, em regra, não pela maneira como aplicam o direito, mas sim o modo como foi conduzido o processo. A análise fiscalizatória não é de mérito, sobre o acerto ou justiça do desfecho aplicado, mas sim de verificação de lealdade processual (*fair trial*), com observância de todas as regras do devido processo e participação efetiva de todos os interessados antes do julgamento da causa.

O jurista inglês deposita confiança na administração, contentando-se com a fundamentação da decisão no exercício da Jurisdição, não prevendo o ordenamento jurídico sequer o recurso por excesso de poder existente no direito administrativo francês como forma de controle de tais decisões – para fazer um comparativo com a *civil law*. Ele acredita que a consequência de seguir um processo bem regulado assegura um desfecho justo, enquanto o jurista francês, ao contrário,

¹⁶⁴⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 404.

¹⁶⁴⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 408.

¹⁶⁴⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 406-427.

crê que se deve apresentar previamente ao juiz a solução que deve ser dada à causa e a partir de então buscar por meio das provas a justiça ao caso concreto.

Fair trail é uma ideia central do direito inglês, concebido sob o aspecto essencialmente contencioso e talvez “mais preocupado com a administração da justiça do que propriamente com a justiça em si”. Por certo que uma coisa não pode estar dissociada da outra, e, nesse campo obscuro da busca pelo equilíbrio entre a administração da justiça e a própria justiça, a burocracia da *civil law*, notada dentro dos procedimentos processuais, encaixar-se-ia perfeitamente com a estrutura judiciária, ou jurisdicional, da *common law* tipicamente inglesa.

A organização judiciária inglesa apresenta uma classificação atípica sobre a Jurisdição local, onde se verifica inicialmente e no topo da escala a *alta justiça* composta pelos tribunais superiores, e, em outro lado, a *baixa justiça*, integrada por jurisdições especializadas exercidas não apenas por cortes e juízes, mas também por organismos “quase-judiciários”, que, apesar de alguns deles proferirem sentenças que podem estar dotadas dos efeitos da *res judicata*, não integram, na real essência, o Poder Judiciário. Por isso a atenção dos juristas é voltada aos tribunais superiores, pois são eles que exclusivamente formam os precedentes judiciais que constituem a base e a fonte primária do direito inglês.

A Inglaterra experimentou ao decorrer da história diversos tribunais tipificados como superiores, desde o Tribunal de Westminster passando pelos que dele derivaram, como o Tribunal do Banco, do Rei, dos Delitos Comuns, da Fazenda, que administraram a *common law*, da Chancelaria, atinente à *equity*, como o do Almirantado, para matérias de direito marítimo, de Divórcio, para o direito canônico, e a *Court of Probate*, para testamentos. Todos eles foram reunidos em um só, a partir dos *Judicatures Acts* de 1873-1875, formando a *Supreme Court of Judicature*, que depois do ano de 1970 foi subdividida em três, sem perder, contudo, a unidade: *Hight Court of Justice*, *Crown Court* e *Court of Peal* – **alta justiça**

O primeiro deles, *Hight Court of Justice*, é formado por três seções: o

Banco da Rainha, a Chancelaria e a seção da Família, mas todas são competentes para tratar sobre as causas submetidas a ele, havendo a diferenciação apenas por conveniência e para indicar que em determinados processos vigem regras específicas e que podem existir juízes especializados por matérias. Todos os juízes, limitados a um número de 75, denominados *justices*, são recrutados dentre advogados experientes e a nomeação para ascender ao cargo importa em reconhecimento profissional e social. A eles se acrescentam o *lord chief justice*, presidente do Banco da Rainha, o *vice-chancellor*, presidente da Chancelaria e o *president*, que preside a seção da Família, recrutados da mesma forma que os 75 *puisne judges*. As causas são julgadas em primeiro grau por juiz singular; nas causas cíveis, havia antigamente assistência de um tribunal do júri, prática que deixou de existir.

O segundo, *Crown Court*, é competente para atuar nas causas penais, de acordo com a natureza da infração, e é composto por juízes diversificados. O julgador pode ser um juiz da *High Court of Justice*, um juiz de circuito integrante da baixa justiça ou um *recorder*¹⁶⁴⁹, advogado investido temporariamente nas funções de juiz. Na esfera penal, quando o réu se declara inocente, o julgamento é feito por meio de júri popular.

O terceiro, *Court of Appeal*, é o segundo grau de Jurisdição dentro da *Supreme Court of Judicature*, e é composto por dezesseis *lords justices*, presidido pelo *master of the rolls*. Os recursos são julgados, em regra, por um colegiado composto por três juízes, sendo que um dos colegiados atua exclusivamente nas questões criminais – *Criminal Division* (presidido por um *lord justice* e completado por outros dois *puisne judges* integrantes do Banco da Rainha).

Ainda na alta justiça, acima da *Supreme Court of Judicature* está a Câmara dos Lordes (*appellate committee*), que pode julgar excepcionalmente recurso contra as decisões da *Court of Appeal* – em uma espécie de terceiro grau de Jurisdição. Poucos são os lordes habilitados a proferir julgamento; em regra cinco

¹⁶⁴⁹ Em 1975, havia 325 *records* na Inglaterra.

lords atuam em cada caso, mas o julgamento não pode ser proferido por um colegiado inferior a três membros, e necessita da concordância prévia da maioria para ser recebido (*speech*). Em média, não passam de 30 ou 40 recursos julgados pela Câmara dos Lordes por ano, órgão público que, aos nossos moldes, integra o Poder Legislativo (Parlamento inglês), e não o Poder Judiciário. Como último integrante da alta justiça inglesa está a Comissão Judiciária do Conselho Privado, situada também na Câmara dos Lordes, Jurisdição mais elevada competente para atuar de modo recursal contra decisões dos supremos tribunais dos territórios britânicos e dos Estados da *Commonwealth* que ainda mantém em seus ordenamentos jurídicos essa espécie processual.

No tocante à **baixa justiça**, ela é formada por uma série de jurisdições inferiores variadas.

Na área cível, as principais jurisdições são os *County Courts*, ou tribunais de condado – que, apesar da denominação, não se confundem com as antigas cortes de justiça locais anglo-saxônicas. Apesar da *Hight Court of Justice* ter competência ilimitada, o tribunal se recusa a apreciar causas com valor inferior a 2.000 libras, e estas questões, assim como outras de complexidade diminuta, são dirimidas pelos juízes integrantes dos tribunais de condado denominados juízes de circuito – na *common law* há uma espécie de discricionariedade do juiz para receber ou não a causa, sem importar no *non liquet*. Esses juízes, que somam cerca de 260, também são recrutados dentre advogados renomados. Os processos com pedido inferior a 200 libras podem ser julgados pelos auxiliares do juiz, denominados *registrar*, ou encaminhados para árbitros, de ofício ou por solicitação das partes; o árbitro pode ser o próprio juiz, o *registrar* ou outro indicado pelas partes.

Na esfera criminal, as pequenas infrações, cerca de 95% dos delitos existentes, são julgadas por *magistrates*, cidadãos comuns, normalmente desprovidos de conhecimento jurídico, aos quais é concedido o título de *justice of the peace*, ou juiz de paz, e exercem a função sem remuneração, por isso a dedicação não é exclusiva. Em Londres e nos grandes centros, os *justice of the*

peace são substituídos por *stipendiary magistrates*, que exercem as funções em tempo integral e são remunerados, nomeados pela coroa por indicação do *lord chancellor* dentre advogados com mais de sete anos de atuação.

As infrações penais de maior gravidade, depois de instruídas, são remetidas por eles para o *Crown Court*; em alguns casos, o réu pode optar por ser julgado pelos magistrados, mas então deixa de ter a possibilidade de ser submetido a júri, no entanto, eventual pena de prisão não poderá ser superior a 6 meses, limite máximo aplicado nessa espécie de Jurisdição inferior.

Atualmente são mais de 30.000 magistrados *justice of the peace* na Inglaterra e País de Gales. Normalmente decidem em coletivo de três, e podem ser auxiliados por servidor público dotado de formação em direito para aconselhamento em questões materiais e processuais. Além dos processos penais, os magistrados são responsáveis por julgamentos de questões atinentes à família, criança e adolescente, bem como atribuição de licenças.¹⁶⁵⁰

Os recursos das decisões proferidas pela *County Court* são propostos na *Court of Appeal*, enquanto das dos magistrados na *Crown Court* ou na seção do Banco da Rainha. Se não houver recurso, as decisões transitadas em julgado são abarcadas pela *res judicata*.

Ao lado dos juízes e magistrados apontados, há outros profissionais do Judiciário, como juízes de comarca, juízes-auxiliares chefes de seções e tribunais, todos dotados de competência e Jurisdição, mas, nesse contexto inicial, duas situações se contrapõem sobremaneira ao sistema contemporâneo da *civil law*: a primeira delas é a nomeação dos juízes ao invés da seleção deles por meio de concurso público; a segunda delas é a informalidade com que é tratada jurisdicionalmente as pequenas desavenças existentes em sociedade, sejam elas de

¹⁶⁵⁰ **Profissões jurídicas - Inglaterra e País de Gales. Magistratura.** Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-ew-maximizeMS-pt.do?member=1. Acesso em: 28 ago.19.

natureza cível ou penal. Nesse campo, mais de 30.000 juízes de paz, que não detêm sequer conhecimento jurídico, atuam na quase totalidade dos processos penais, sem prejuízo de outros inúmeros processos à disposição de suas respectivas competências, algo impensado no burocrático sistema da *common law*.

E essa leveza organizacional é ainda mais evoluída.

Na esfera administrativa, há diversos organismos, denominados *Boards*, *Commissions* ou *Tribunals*, que exercem uma competência “quase-judiciária”, onde os litígios são apreciados obrigatoriamente antes de poderem ser submetidos à *Supreme Court of Judicature*, local em que, apesar de ter competência universal, há regras específicas de procedimentos, inclusive, conforme anteriormente mencionado, não conhecimento de demandas com valores econômicos abaixo de 2.000 libras. “As partes podem se dirigir diretamente ao *Hight Court os Justice* ou ao *Crown Court*, em todos os casos. Esses tribunais normalmente encaminharão o processo a uma jurisdição inferior¹⁶⁵¹”.

Esses tribunais são muito variados em suas composições. São competentes para atuar em matérias econômicas, fiscais, propriedade imobiliária, matéria social e até mesmo militar. Um *Council on Tribunals*, por exemplo, criado em 1958 para exercer controle sobre 2.258 tribunais deste gênero, pertencentes a 41 tipos diferentes, julgou no ano de 1968 cerca de 1.158.634 processos.

Os tribunais administrativos desempenham funções contenciosas ou de fiscalização para verificação se a administração pública, nos processos não contenciosos, agiu com correção – por essas duas razões não podem ser comparados aos tribunais administrativos da França (novamente para escolhida para o comparativo na *civil law*). Todos esses organismos são controlados pelo *High Court of Justice*, inexistindo na Inglaterra hierarquia entre as jurisdições ou tribunal administrativo especializado. Não obstante, esses organismos são chamados a atuar

¹⁶⁵¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 425.

como forma de tribunal inferior, “num país em que tais tribunais, compostos, regra geral, por não-juristas, parecem se ocupar mais do descongestionamento dos verdadeiros tribunais de justiça¹⁶⁵²”, de modo a desafogar o real Poder Judiciário para a aplicação solene do Direito nos casos de maior relevância.

E essa é a atual composição jurisdicional operacionalizada pelo direito inglês que nos apresenta uma estrutura permissiva, próxima do cidadão e de certo modo informalizada para a declaração do direito em sociedade, notadamente nas situações mais singelas enfrentadas pela *baixa justiça*, sem desgarrar as questões mais complexas da parcela dos tribunais da *alta justiça* que exercem Jurisdição dentro do Poder Judiciário. Lembrando que “as jurisdições inferiores não compõem o Poder Judiciário propriamente dito, e suas sentenças alcançam somente a espécie julgada”, enquanto as da alta justiça formam os precedentes¹⁶⁵³.

“O Judiciário alicerça-se fundamentalmente na participação popular e tem, na sua formação, cortes, juízes de direito, de paz, leigos e advogados. A proporção é de um juiz judicial para 10 juízes leigos¹⁶⁵⁴”. É talvez nesse empirismo inglês derivado de séculos de aperfeiçoamento que possamos nos socorrer para amoldar a solidificada, mas burocrática sistemática romano-germânica na busca de uma prática jurisdicional mais eficaz na *civil law*.

¹⁶⁵² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 424.

¹⁶⁵³ GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Visão panorâmica da organização judiciária inglesa**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419/formacao-historica-e-caracteres-essenciais-do-sistema-juridico-anglo-saxonico>. Acesso em: ago. 19.

¹⁶⁵⁴ Cardoso, Antonio Pessoa. **O Judiciário na Inglaterra**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34513,61044-O+Judiciario+na+Inglaterra>. Acesso em: ago. 19.

6.5 JURISDIÇÃO PLURAL: ORIGEM¹⁶⁵⁵

Desde o surgimento do Estado moderno e da solidificação da teoria da separação dos Poderes, deparamo-nos dentro do sistema evolutivo jurisdicional com dois modelos amplamente aceitos nos países ocidentais democráticos, consubstanciados no *uno*, quando a Jurisdição é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, e no *dual*, onde a Jurisdição é também desenvolvida dentro do “Executivo” em uma espécie de processo administrativo cuja decisão jurídica tem força de coisa julgada.

Porém, atualmente nós encontramos nessas organizações estatais, em qualquer um dos dois modelos de exercício de Jurisdição, diversos outros órgãos públicos que também exercem deliberação jurídica, senão ociosos, com a capacidade produtiva absolutamente diminuída ou inutilizada – a ideia do presente tópico é destacar a importância desses órgãos públicos, assim como o notável conhecimento neles depositados; a partir disso, propor a sua reestruturação para que, ao invés de suas decisões jurídicas serem controladas, passem a ser autônomas, verdadeiramente jurisdicionais; por isso, quando se fala em “inutilizada”, é porque elas podem ser melhor aproveitadas em sociedade, não havendo conotação pejorativa, ao contrário.¹⁶⁵⁶

Em geral, esses órgãos públicos estão espalhados de forma generalizada nos meandros da administração pública, e são responsáveis, além de outras atribuições, pelo julgamento de processos administrativos na relação entre Estado e particular (*intraneus vs. extraneus*), mas suas decisões jurídicas não são abarcadas pela *res judicata*, permitindo ao particular descontente, diante da negativa do pedido, a repetição dele perante o Poder Judiciário. Aliado a esses órgãos, existem tantos

¹⁶⁵⁵ Conteúdo anteriormente publicado em: FARAH, Paulo Eduardo Huergo. **Jurisdição Plural: proposta de um modelo de governança para a sustentabilidade do exercício da jurisdição**. In: BODNAR, Zenildo *et al.* **O Judiciário como instância de governança e sustentabilidade: descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis, EMais, 2018. p. 205-230.

¹⁶⁵⁶ “[...] funciones que expresamente les sean asignadas, también por ley, en garantía de cualquier derecho”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 176. (constituição espanhola de 1870 tratando dentre outras coisas do registro civil)

outros devidamente estruturados que agem inclusive na relação exclusiva entre particulares (*intraneus vs. intraneus*), cujas decisões jurídicas são ainda mais desprezadas.

Apesar disso, dentro dessa gama de órgãos públicos, somado ao jurídico, existe notório conhecimento técnico interdisciplinar em diversas áreas. Por interdisciplinariedade¹⁶⁵⁷ podemos entender “a intersecção de dois ou mais ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento”.

A interdisciplinariedade indica que o conhecimento pode ser concebido como um todo único, mas dividido em vários ramos, acompanhando critérios adotados pela comunidade científica visando facilitar o aprendizado de maneira segmentada e especializada, tendo em vista que uma “progressiva dissolução das fronteiras entre as diferentes áreas do conhecimento é uma tendência cada vez mais forte no campo da pesquisa acadêmica em geral¹⁶⁵⁸”.¹⁶⁵⁹

Nesse diapasão, na tomada das decisões em sociedade as pessoas em geral tendem a promover uma análise, ainda que inconsciente e parcial, das consequências advindas de suas condutas, levando-se em consideração para tanto toda a gama de conhecimento que possuem, não apenas o jurídico, motivo pelo qual a abordagem interdisciplinar é natural e intrínseca à operação deliberativa. Dessa forma, se por um lado a incorporação dessa abordagem hermenêutica implicaria na aceitação de que toda a bagagem de conhecimento do intérprete influencia a sua operação cognitiva, por outro a fixação do entendimento com relação à convergência dos variados padrões de julgamento exigiria um estudo quanto aos demais saberes empregados na aplicação do direito¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁷ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 179.

¹⁶⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 496.

¹⁶⁵⁹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 179.

¹⁶⁶⁰ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 180.

Assim, a ciência jurídica não pode permanecer isolada das demais áreas do conhecimento, especialmente diante da permeabilidade das fronteiras do ordenamento jurídico aos influxos dos demais ramos do saber. Como consequência disso, diante da complexidade da atividade decisória, os conhecimentos interdisciplinares podem e devem interferir, evidentemente limitados pelas efetivas fontes jurídicas, no exercício da aplicação do direito – notadamente nos órgãos jurisdicionais¹⁶⁶¹.

Correlacionando a interdisciplinariedade com a temática proposta no início da explanação, no universo desses órgãos públicos que orbitam a Jurisdição do Estado há um enorme conhecimento técnico disciplinar, concentrado nas mais variáveis áreas da informação, que se acaba perdido diante do desprezo de suas decisões jurídicas.

Na realidade brasileira, sustentada com base na Jurisdição una, facilmente se pode destacar o médico dentro do INSS¹⁶⁶², o engenheiro florestal dentro do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, o analista jurídico do PROCON ou o perito da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. No caso Espanhol, os jurados de expropriação¹⁶⁶³ também são um exemplo¹⁶⁶⁴.

São incontáveis órgãos públicos que passaram literalmente a ordenar a vida das pessoas em sociedade, em um primeiro momento na relação entre o particular e o Estado – como observado no INSS ou no CADE¹⁶⁶⁵ –, e em um

¹⁶⁶¹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 181.

¹⁶⁶² BRASIL. **Instituto Nacional do seguro Social**. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/>. Acesso em: 7 jun. 20.

¹⁶⁶³ “[...] para fijar el justiprecio caso en el cual la decisión sobre este extremo se confiere a un órgano cuya composición trata de asegurar una cierta imparcialidad e independencia”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 30.

¹⁶⁶⁴ “Al margen de estos supuestos, existen otros en que la atribución de la función ajena a la propia jurisdiccional, no se hace a los órganos judiciales sino a personas individuales pero en razón de su pertenencia al aparato judicial, entrando a formar parte y a decidir en organismos administrativos, como ocurría antes con los Tribunales Administrativas de Contrabando y sigue ocurriendo con los Jurados de Expropiación y de clasificación de montes vecinales”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 177.

¹⁶⁶⁵ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em:

segundo momento na relação entre particulares – como ocorre em uma contenda no PROCON¹⁶⁶⁶ ou em uma agência reguladora¹⁶⁶⁷ – onde não se consegue viver sem eles em um mundo burocrático absolutamente dependente do Estado.

Nessa imensidão de órgãos administrativos espalhados por todos os setores do Estado, obrigatoriamente se tomam decisões jurídicas sem, contudo, que tenham elas força suficiente para fazer coisa julgada, pois o Estado moderno se desenvolveu sobre o dogma da “inafastabilidade da Jurisdição”, o que significa que o Poder Judiciário poderá ser sempre acionado para dar ao menos a última palavra jurídica sobre a questão, mesmo em temas de relevância jurídica periférica ou distante de qualquer direito fundamental para além do “acesso aos tribunais”.

Mantendo a controvérsia no primeiro exemplo: diante de um procedimento administrativo no INSS¹⁶⁶⁸ para tratar de uma aposentadoria por invalidez, a avaliação médica realizada no postulante será determinante para o deferimento ou indeferimento do pedido. É o conhecimento disciplinar da medicina que será resolutivo para deslindar a questão. Digamos que a decisão do INSS nesse caso, após a conclusão negativa da perícia, fosse pelo indeferimento do pedido de aposentadoria por invalidez, e o segurado, descontente, fizesse um novo pedido, agora ao Judiciário.

Ao chegar no Judiciário, para deslindar a questão o juiz terá que nomear um perito médico, igual ao que avaliou anteriormente o postulante. Posteriormente, aplicar o direito ao caso concreto, assim como fez o servidor responsável pela tomada de decisão jurídica do INSS, com chances diminutas de haver qualquer alteração substancial apta a modificar o desfecho processual, desprezando todo o

<http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 5 jun. 20.

¹⁶⁶⁶ SANTA CATARINA. **PROCON**. Disponível em: <http://www.procon.sc.gov.br/>. Acesso em: 7 jun. 20.

¹⁶⁶⁷ LUERSEN, Daniel. **Agências reguladoras: autonomia, atividade normativa, decisões e julgamentos administrativos e reflexos ante o Poder Judiciário**. Revista de doutrina TRFF4. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Daniel_Luersen.html. Acesso em: março 2020.

¹⁶⁶⁸ BRASIL. **Instituto Nacional do Seguro Social**.

investimento público antecedente, tanto do perito médico, quanto do analista jurídico.

Ultrapassando a questão do *intraneus vs. extraneus*, emerge ainda no Estado contemporâneo órgãos públicos que cuidam da pacificação de conflitos sociais na relação entre particulares (*extraneus vs. extraneus*), como ocorre no processo administrativo que tramita, exemplificadamente, no PROCON, onde, da mesma forma do que acontece no INSS, há um funcionário dotado de capacidade jurídica para a tomada de decisão em sociedade.

Observa-se, por exemplo, acompanhando a mesma linha daquela apontada na decisão jurídica derivada do INSS, que uma reclamação para a troca de um produto defeituoso, certificado assim pela assistência técnica, dentro do prazo de garantia, realizado pelo consumidor contra o fornecedor, onde o direito é evidente e declarado por mero exercício de silogismo, quando descontenta uma das partes, a demanda anteriormente resolvida pelo órgão administrativo reverbera no Poder Judiciário, que realiza o mesmo trabalho jurídico daquele preceituado no PROCON.

Assim, partindo-se da premissa de que há no órgão estatal mencionado agentes dotados de elevada capacidade jurídica e relativa independência, selecionados por meio de concurso público, com ingresso semelhante ao dos juízes, e vendo nesse contexto o Estado sendo obrigado a declarar duas vezes o direito, uma administrativa e outra jurisdicionalmente, há um evidente desperdício de dinheiro público e do próprio conhecimento técnico interdisciplinar do órgão (INSS e PROCON, utilizados como exemplos), tanto nas áreas médicas e técnicas, quanto do direito.

Ainda que a interdisciplinariedade em regra seja utilizada como acessório ao direito, em alguns casos específicos o direito serviria apenas como baliza para a tomada da decisão, pois o desfecho da controvérsia dependerá precipuamente da conclusão técnica a respeito de determinada matéria, e a medida em que o agente adquire conhecimentos técnicos especializados a sua deliberação tende a

gradualmente perder margem de discricionariedade, justamente diante do fato da análise no tocante à correção da sua conduta passar a agregar muitos mais direcionamentos voltados a determinado posicionamento específico.¹⁶⁶⁹

Mas mesmo que a controvérsia do processo administrativo residisse apenas em uma questão de direito, o aproveitamento do conhecimento jurídico detido por esses profissionais seria também uma decorrência lógica da exigência da própria sociedade do século XXI, que se vê em transição da terceira para a quarta revolução industrial, com estruturas públicas dominadas por computadores e mecanismos robotizados, dotados, inclusive, de inteligência artificial¹⁶⁷⁰, muito mais transparentes e passíveis de controle do que aquelas do século XVIII, capazes de auxiliar o processo decisório, tanto dos postulantes quanto do julgador, sociedade esta que agora exige respostas estatais na mesma velocidade em que ocorrem as transformações sociais¹⁶⁷¹.

O novo desafio trazido pela sociedade hipercomplexa à Jurisdição passa também pela solução dos conflitos por meio de uma racionalidade jurídica que não pode se prender às tradicionais amarras dogmáticas, e de modo a compreender que o saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano será insuficiente para a prestação jurisdicional adequada¹⁶⁷². Além disso, a agilidade da comunicação virtual da atual sociedade é a base do raciocínio do pensamento contemporâneo, não havendo, nesse campo de modernidade, espaço para que a burocracia inócua prevaleça diante da presteza¹⁶⁷³ - vide, nesse universo, os

¹⁶⁶⁹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p.161.

¹⁶⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação**.

¹⁶⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação**.

¹⁶⁷² BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1347.

¹⁶⁷³ "Com a velocidade imposta pela comunicação digital via internet, o que Rifkin chama de civilização empática foi e vai se formando. A base do raciocínio moderno perde força gradualmente e vai dando lugar a valores superlativos, muito diferentes de liberdade, liberalismo, capitalismo, direito de propriedade, entre tantos outros. Começam a surgir discussões muito sérias em torno de temas até então negligenciados pelos axiomas modernos". BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1342.

organismos quase-jurisdicionais da *common law* inglesa abordados no tópico anterior.

E é nesse exato contexto que sobressaem esses importantes órgãos auxiliares à Jurisdição no Estado constitucional democrático, estruturados de maneira muito mais informalizada e acessível do que o Poder Judiciário, pulverizados em praticamente todos os rincões da sociedade. Carece de utilidade, e até mesmo racionalidade, portanto, a manutenção de um sistema jurisdicional em que o mesmo Estado analisa por mais de uma vez a mesma questão jurídica a ele submetida. Ao mesmo tempo em que não é possível atualmente eliminar esse arcabouço estrutural administrativo – e nem desejável, diante da capilaridade e informalidade –, torna-se imperioso dotar ele de serventia validamente benéfica em relação à capacidade de resolução de conflitos jurídicos.¹⁶⁷⁴

Esses órgãos públicos, a partir da implementação de determinadas características, como a efetiva independência, e observados determinados limites de competência, como as matérias jurídicas de maior importância reservadas ao Poder Judiciário, poderiam se tornar “Órgãos Orbitais” da Jurisdição Plural, transmutando a característica de órgão de exercício de função administrativa para órgão verdadeiramente de exercício de função jurisdicional. Esses “Órgãos Orbitais”, que serão conceituados de modo mais aprofundado no capítulo seguinte da presente pesquisa, então, seriam a origem da Jurisdição Plural, com o aproveitamento na função jurisdicional de estruturas administrativas atualmente existentes no Estado, buscando uma racionalidade, no campo estatal interno, para a custosa, e até então ineficiente, Jurisdição monopolizada.

A Jurisdição Plural, repise-se, seria competente também para o julgamento de demandas envolvendo apenas os particulares (*extraneus* vs. *extraneus*), diferentemente do que ocorre com a dual, que exige em um dos polos o Estado, com o aproveitamento de órgãos públicos subutilizados – sem prejuízo, por

¹⁶⁷⁴ “Não é possível continuar convivendo com essa concepção arcaica de organização estatal concebida a partir das teorias modernas formativas do Estado”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. p. 1333- 1336.

certo, da criação de outros órgãos eventualmente necessários ao exercício da Jurisdição burocrática.

6.6 TRIBUNAL DAS ÁGUAS DE VALÊNCIA

A constituição espanhola, ao mesmo tempo em que adota o princípio da unidade jurisdicional – Jurisdição una, ou Jurisdição judicial – e proíbe a existência de tribunais de exceção, autoriza o exercício da função jurisdicional por tribunais consuetudinários. Nesse campo, tratando da unidade da Jurisdição na Espanha, Otto apresenta uma reflexão sobre a denominada “Jurisdição judicial”, aduzindo, nesse campo, que, se é denominada como Jurisdição judicial apenas a que é exercida por juízes integrados ao Poder Judiciário, poderíamos chegar à conclusão de que é exigido pela constituição espanhola que não haja jurisdições não judiciais, ou seja, exercidas por juízes estranhos ao quadro do Judiciário; no entanto, mesmo a partir da literalidade do texto, Otto afirma que na realidade a teoria é bastante diferente.¹⁶⁷⁵

Conforme expõe Andres Ibañes, a constituição espanhola de 1978 não confere em princípio um caráter absoluto à unidade jurisdicional, tendo em vista que o seu artigo 117, que traça linhas gerais sobre o Poder Judiciário, limita-se a dizer que aquela descrição é a base da organização e funcionamento dos tribunais, o que possibilita a existência de órgãos não enquadrados no esquema normal do Poder Judiciário, que podem igualmente decidir relações sociais jurídicas em conflito. Ou seja, para o constituinte ordinário é possível existir funcionários ou cidadãos não inseridos no Poder Judiciário que desenvolvam atividade jurisdicional proferindo decisão jurídica dotada dos efeitos da coisa julgada, sem que essa circunstância ofenda o princípio da unidade jurisdicional.¹⁶⁷⁶ A própria constituição trata, nas

¹⁶⁷⁵ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 55.

¹⁶⁷⁶ "En el caso concreto del Tribunal de las Aguas, como del mismo en el del Consejo de Hombres Nuevos de la Huerta de Murcia así como de los órganos que puedan reconocerse en el futuro como

palavras de Andres Ibañes, da Jurisdição militar e legitima os tribunais consuetudinários e tradicionais¹⁶⁷⁷. Mais à frente, Andres Ibañes se reporta ao Tribunal das Águas de Valência.¹⁶⁷⁸

No mesmo sentido, Gonzáles Péres afirma que a constituição espanhola admite exceções ao princípio da unidade jurisdicional, como, por exemplo, a Jurisdição militar no campo estritamente castrense e durante o estado de sítio; e, ao mesmo tempo em que extinguiu antigas cortes jurisdicionais periféricas, como o tribunal arbitral de seguros e de censos, manteve o Tribunal consuetudinário e tradicional das Águas de Valência¹⁶⁷⁹.¹⁶⁸⁰

Sem embargo, o Tribunal das Águas de Valência, previsto no estatuto valenciano¹⁶⁸¹ e na lei de organização judiciária espanhola¹⁶⁸², é uma corte

*tradicionales y consuetudinarios, no es adecuado incluirlo en las jerarquías orgánicas propias de los tribunales ordinarios. En realidad, se trata de un órgano especial que opera en um ámbito determinado y único. La particular configuración y designación de estos órganos, integrados por síndicos-jueces elegidos por las propias comunidades que no han de ser titulados en derecho pero sí absolutamente especialistas y superiores conocedores no solo de los hechos sino también de los derechos que les corresponde en su ámbito competencial, permite que se erija como tribunal único en su ámbito y, por ello, que carezcan de superior jerárquico. Lo dicho sin perjuicio de las competencias de órganos también especiales como el Tribunal Constitucional, pero que no deben ser considerados como superiores estricto sensu, ni el recurso de amparo merece ser considerado como un nuevo examen de la condena". BULNES, Mar Jimeno et al. **Nuevos horizontes del derecho procesal**. Valladolid: Bosch editor, 2016. p. 56.*

¹⁶⁷⁷ "Artigo 125. Os cidadãos poderão exercer a acção popular e participar na Administração de Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e em relação aos processos penais que a lei determine, assim como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais". ESPANHA. **Constituição espanhola de 1978**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 9 jul. 20.

¹⁶⁷⁸ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 182-183.

¹⁶⁷⁹ *O tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*

¹⁶⁸⁰ GONZÁLES PÉRES, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. p. 51.

¹⁶⁸¹ "Artículo 36. [...] 3.ª Coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial en la del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia". ESPANHA. **Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-17235>. Acesso em: 7 jul. 20.

¹⁶⁸² "Artículo 19. 1. Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley. 2. Asimismo, podrán participar en la Administración de Justicia: mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine; en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en los demás casos previstos en esta Ley. 3. Tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana. 4. Se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia". ESPANHA. **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**. Disponível em: <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/normativa/estatal?idContenido=432664&idLeyJunta=12212>

jurisdicional que existe na Espanha há mais de mil anos, podendo ser considerada a instituição jurídica mais antiga da Europa. É patrimônio cultural imaterial da humanidade, título outorgado pela UNESCO¹⁶⁸³ em 2009.¹⁶⁸⁴

O objeto jurídico determinante da competência do Tribunal é a água, bem indisponível e de suma importância econômica não somente para a agricultura, mas igualmente para toda a população que vive em uma localidade árida com baixíssimos índices pluviométricos. A água é proveniente do Rio Turia, que antes de ingressar ao centro da cidade se expande e distribui suas águas por oito grandes canais de irrigação; cada um desses canais constitui um sistema hidráulico próprio. Conforme expõe Aragão, o Rio Turia não é muito caudaloso, e no verão é sujeito aos efeitos da seca, tornando importantíssimo para a comunidade local que o aproveitamento da água ocorra de modo racional e sustentável.¹⁶⁸⁵

A origem do Tribunal das Águas remonta ao período de dominação muçulmana na Espanha; foi provavelmente inaugurado no ano de 960, durante o califado de Abderramán III.

Fairén Guillén¹⁶⁸⁶ explica que no decorrer dessa história milenar, a partir da reconquista de Valência, em 1238, o rei Don Jaime I outorgou a Jurisdição do Tribunal das Águas aos habitantes e ao povo de Valência, de modo a dar continuidade à tradição moura de preservação do modelo, buscando o uso racional da água. Em 1318, o rei Don Jaime II determinou que as autoridades então

3&idLeyModificacion=430393&p=1379061506503&paux=1379061506503&template=Loreg/JEC_Co
ntenido. Acesso em: 7 jul. 20.

¹⁶⁸³ UNESCO. *Irrigators' tribunals of the Spanish Mediterranean coast: the Council of Wise Men of the plain of Murcia and the Water Tribunal of the plain of Valencia*. [recurso eletrônico] Disponível em: <https://ich.unesco.org/en/RL/irrigators-tribunals-of-the-spanish-mediterranean-coast-the-council-of-wise-men-of-the-plain-of-murcia-and-the-water-tribunal-of-the-plain-of-valencia-00171>. Acesso em: 8 jul. 20.

¹⁶⁸⁴ "[...] o Tribunal das Águas de Valência, apontado como exemplo singular de órgão judicante e de procedimento especial". ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Revista Brasileira de Direito Comparado. pp. 134-146. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20(9).pdf). Acesso em: 7 jul. 20. p. 133.

¹⁶⁸⁵ ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência**. p. 136.

¹⁶⁸⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*: (oralidad, concentración, rapidez, economía). 2 ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988.

consideradas judiciais não interviesses na atividade jurisdicional do Tribunal, ratificando o exercício da Jurisdição ao povo local.

O Tribunal das Águas é regido pelo princípio da oralidade¹⁶⁸⁷, e possivelmente em razão dessa informalidade ele conseguiu manter seu funcionamento por tantos séculos. Durante a guerra de sucessão, em 1707, por exemplo, a dinastia Bourbon determinou que os procedimentos se tornassem escritos, o que não foi observado na corte e, caso se concretizasse, interromperia o seu esplendoroso processo de evolução. Situação ainda mais intrincada foi a criada pela constituição espanhola de 1812, que determinou a extinção do Tribunal das Águas – de todas as jurisdições periféricas, unificando a Jurisdição na Espanha; no entanto, a informalidade do procedimento possibilitou que o Tribunal continuasse em atividade, mesmo não sendo uma Jurisdição reconhecida pela constituição. A insegurança jurídica perdurou até 1840, quando o funcionamento do Tribunal foi novamente autorizado pela *Orden de La Regencia Provisional*. Mas sua consagração maior no campo jurídico foi o seu reconhecimento expresso na constituição espanhola de 1978.

O Tribunal das Águas, além de ser uma corte consuetudinária, igualmente observa o direito consuetudinário¹⁶⁸⁸. Os juízes não necessariamente precisam ter formação jurídica, bastando conhecer o funcionamento prático do sistema local. O Tribunal é composto por oito membros, denominados de síndicos, representando cada uma das oito zonas de irrigação. Eles são escolhidos pelos próprios agricultores. Os síndicos não são remunerados; vestem as tradicionais roupas pretas e se reúnem semanalmente, todas às quintas-feiras, às 12h, na praça pública no centro de Valência, na Porta dos Apóstolos da catedral valenciana. Um dos síndicos

¹⁶⁸⁷ “Apresenta inúmeras vantagens, dentre as quais destacam-se algumas características como, a concentração, a oralidade, a rapidez e a economia”. JENICHEN FILHO, Artur. **Tribunal das Águas de Valência: aspectos destacados e a prevalência do princípio da oralidade**. In: ABREU, Pedro (org). **Acesso à justiça: novas perspectivas**. Florianópolis: Habitus, 2019.

¹⁶⁸⁸ “Trata-se de lavradores, que se organizam para desfrutar a irrigação que os canais proporcionam e que precisa ser estritamente disciplinada a fim de todos os comunheiros dela se beneficiarem por igual. Do ponto de vista legal, cada uma constitui uma unidade e é regida por uma Ordenança, que FAIRÉN (p. 64) considera fonte de direito substancial”. ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência**. p. 141.

é o presidente, com mandato de dois anos.¹⁶⁸⁹

O síndico exerce uma dupla função, tanto administrativa quanto jurisdicional. Enquanto o Tribunal jurisdicional se reúne em público, o administrativo delibera em recinto fechado. Explica Aragão que na atuação administrativa, além do síndico, existem outros cargos que fazem o sistema funcionar de modo eficiente, como é o caso do “guarda”, de hierarquia inferior, responsável por fiscalizar concretamente o uso da água, em uma mescla de atividades de polícia e de Ministério Público, pois cabe a ele também denunciar as irregularidades que encontrar.

Sobre a Jurisdição do Tribunal, expõe Fairén Guillén que a competência está restrita territorialmente à planície valenciana por onde correm as águas do rio e não abarca a matéria penal. É extensiva ao uso das águas, não somente pelos lavradores comunheiros da acequia, mas a qualquer um que se beneficie do uso dela, incluindo empresas e órgãos públicos. Além disso, a Jurisdição pode envolver terceiros, mesmo quem, por qualquer motivo, tenha causado dano, ou nas águas interfira, gerando, por exemplo, poluição, obstrução, dentre outros. A competência do Tribunal pode incluir, da mesma forma, demandas trabalhistas, como as de funcionários contratados para limpar os canais e que não sejam remunerados adequadamente por seus serviços.¹⁶⁹⁰

O processo no Tribunal é bastante célere, não ultrapassando um mês; os custos são baixíssimos; não requer representação por advogado; predomina a oralidade, de modo que nenhum ato processual é formulado por escrito, e até mesmo a produção probatória técnica, como a pericial, pode ser apresentada

¹⁶⁸⁹ OLIVEIRA, Celso Maran de. **Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis e o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil**. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, v.3, n.1, jan/jun. 2008. ISSN: 1980-1995 e-ISSN:2318-8529. DOI - 10.18838/2318. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4494>. Acesso em: jun. 20.

¹⁶⁹⁰ Reportando-se a Farén: pp. 145-189-202-307. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso**: (oralidad, concentración, rapidez, economía). 2ed. Valencia, 1988. *Apud*: ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência**. Revista Brasileira de Direito Comparado. p. 142.

oralmente. A sentença, após o debate "reservado" entre os juízes, também é proferida oralmente pelo presidente do tribunal, de modo bastante objetivo, sem a tradicional e complexa fundamentação hodiernamente observada na Jurisdição formal do Judiciário. Apenas o resultado do julgamento é inserido em um formulário, em duas vias, uma permanecendo no Tribunal e a outra sendo entregue ao vencedor, como título executivo. As sentenças são estabelecidas em regra acompanhadas de sanções pecuniárias, mas podem igualmente condenar em obrigações de pagamento (dar), de fazer ou não fazer.¹⁶⁹¹

Se a sentença não for cumprida espontaneamente, o Tribunal pode cortar o abastecimento de água do inadimplente, inclusive requisitando amparo policial; se a medida consistir em outras mais severas e invasivas, como a expropriação de bens, o Tribunal precisa se socorrer ao Poder estatal.¹⁶⁹² As decisões do Tribunal das Águas não são submetidas a revisão pelo Poder Judiciário, mas tão somente ao controle social daquela localidade.¹⁶⁹³

O Tribunal das Águas não se amolda a nenhum dos conceitos de Jurisdição anteriormente expostos no início desse capítulo, e mesmo assim é um órgão Jurisdicional reconhecido pela constituição espanhola – conforme conclusão do primeiro tópico desse capítulo, mais importante do que se apegar aos inúmeros conceitos teóricos acerca da categoria é compreender o alcance da atividade jurisdicional e a sua previsão constitucional.

Apesar de possuir características de órgão que exerce a Jurisdição, ele não pertence ao Estado, mas sim à comunidade local – e pode julgar, inclusive, órgãos públicos; ou seja, proferir decisão contra o próprio Estado. Essa também é uma diferença com relação à proposta de Jurisdição Plural, que em princípio

¹⁶⁹¹ OLIVEIRA, Celso Maran de. **Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de florianópolis e o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil.**

¹⁶⁹² JENICHEN FILHO, Artur. **Tribunal das Águas de Valência: aspectos destacados e a prevalência do princípio da oralidade.**

¹⁶⁹³ "[...] o Tribunal goza de ampla autonomia; suas decisões são irrecorríveis e não ficam sujeitas ao controle da justiça estatal". ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência.** Revista Brasileira de Direito Comparado. p. 142.

tenderia a habilitar a função jurisdicional a outros órgãos públicos, e não a entidades privadas, não obstante não se enxergar nenhum óbice a esse modelo; ao contrário, seria uma evolução ainda maior, ao oportunizar que a própria comunidade pudesse resolver seus litígios jurídicos sem a necessidade de intervenção estatal, o que, de todo modo, converge em favor da proposta de “Jurisdição Plural” apresentada na presente pesquisa. Seria o Tribunal das Águas, de certa forma, um Órgão Orbital “evoluído” existente em uma Jurisdição Plural.

CAPÍTULO 7

JURISDIÇÃO PLURAL: SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO JURISDICCIONAL BUROCRÁTICA

7.1. O PODER POLÍTICO DO ESTADO

A separação¹⁶⁹⁴ orgânica entre os poderes do Estado, de acordo com a clássica teoria solidificada por Montesquieu, que busca criar um sistema moderado e controlado do exercício do Poder público, por meio da divisão de atribuições e competências estatais, apesar de antigo, é um tema absolutamente atual e, possivelmente, a questão de fundo mais importante na teoria do Estado.¹⁶⁹⁵ Não obstante o tempo decorrido desde sua formulação, ainda hoje as sociedades ocidentais democráticas procuram mecanismos jurídicos e políticos que impeçam a ameaçadora concentração do Poder em uma única entidade pública e o excesso de dirigismo centralizado.¹⁶⁹⁶

O conceito operacional de separação de poderes designa um princípio de organização política, pressupondo que os poderes estatais sejam determinados por funções distintas coordenadas pelo Estado, com fronteiras definidas individualizando cada uma delas.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹⁴ “[...] se entiende por división de poderes una particular forma de diseñar el ejercicio del poder político del Estado a través de órganos diversos y respectivas funciones, de manera que aquél no quede concentrado en una única instancia. A grosso modo, se distinguen tres esferas o manifestaciones del poder o funciones, legislativa - crear la ley -, ejecutiva - aplicar la ley - y jurisdiccional - resolver conforme a ley -, que son encomendadas a otros tres centros de poder: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 31.

¹⁶⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. p. 261 ss.

¹⁶⁹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 457.

¹⁶⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 385.

O **Poder**¹⁶⁹⁸ é um fenômeno sociocultural, um fato da vida social, característico da convivência em grupo e da possibilidade de exigir certos atos, esforços, condutas ou limites, podendo ser definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”¹⁶⁹⁹, assim como “a capacidade ou a probabilidade de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de outro indivíduo¹⁷⁰⁰”, implicando, assim, na “autoridade e uma relação de superior para inferior¹⁷⁰¹”.

Essa esfera de relação de Poder estabelecido entre *indivíduos* e entre *grupos* em cada *sociedade organizada*¹⁷⁰² está incluída dentro do âmbito da **política**.¹⁷⁰³ “A relação entre governantes e governados, na qual se resume a relação política principal, é uma típica relação de poder”, cuja tipologia clássica propagada ao longo dos séculos é aquela extraída da obra de Aristóteles, que distinguiu as três formas típicas de Poder com base na própria sociedade, consistente no Poder do *pai sobre os filhos*; do *senhor sobre os escravos*; e do *governante sobre os governados*; “este último é o **poder político**, isto é, o poder exercido na **pólis** (que em grego significa cidade, definida pelo próprio Aristóteles como comunidade auto-suficiente de indivíduos que convivem em um território)”.¹⁷⁰⁴

¹⁶⁹⁸ “En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. Traducción de Vicente Herrero. Título original: *Jurisprudence*. p. 17.

¹⁶⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 108/9.

¹⁷⁰⁰ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p. 209.

¹⁷⁰¹ “O fato de um indivíduo ter poder sobre outros indivíduos manifesta-se no fato de que aquele é capaz de induzir estes a uma conduta que ele deseja. [...] O poder, nem sentido social ou político, implica autoridade e uma relação de superior para inferior”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 274.

¹⁷⁰² “Organizar-se, portanto, é constituir-se com um poder, dia REALE, assinalando que, assim como não há organização sem presença do direito, não há poder que não seja jurídico, ou seja, não há poder insuscetível de qualificação jurídica. Isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. p. 116.

¹⁷⁰³ “A correspondência de Valores entre o detentor e os ‘súditos’ não é somente o terceiro elemento de uma noção teórica e axiológica de Poder Político, mas sobretudo, constitui-se num ponto básico para o correto exercício do Poder pelo Estado Contemporâneo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 44.

¹⁷⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de

Dentre as inúmeras formas de relação de Poder existentes, o **Poder político** é somente uma das maneiras de exteriorização no relacionamento entre os homens. Para Bobbio, a relação do Poder político pode ser caracterizada a partir da *função* que ela exerce, dos *meios* a que se serve e ao *fim* que pretende, concluindo que o critério adequado para a distinção do Poder político das outras formas de Poder é o segundo, fundado nos **meios** utilizados para obtenção dos efeitos desejados, diferindo dos demais especialmente pela possibilidade do uso da **força**¹⁷⁰⁵. “Uma vez que o poder político se caracteriza pelo uso da força, ele é o sumo poder ou o poder soberano, cuja posse distingue, em toda sociedade organizada, a classe dominante”.¹⁷⁰⁶

A **força** a que se refere Bobbio é a *física*¹⁷⁰⁷. Apenas o emprego da força física¹⁷⁰⁸ conseguiria impedir a insubordinação obstando a desobediência, sendo ela instrumento decisivo que um grupo dispõe para impor a própria vontade a outro grupo, com “o uso da força, isto é, a guerra”. Partindo desse pressuposto, “uma vez que o poder político é definido como aquele poder que se serve em última instância da força física para alcançar os efeitos desejados”, é também por meio dele que se apela para resolver os conflitos.¹⁷⁰⁹

Mas, nesse campo, não se ouvida que o emprego dessa força bruta no

Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de Daniela Beccaccia. Título original: *Teoria generale dela politica*. p. 216/7. Sem negrito no original.

¹⁷⁰⁵ “Ao Estado cabe a administração da justiça entre as pessoas e os grupos e, por isso, tem de lhe caber também o monopólio da força física. O Estado promove a integração, a direção e a defesa da sociedade, e por arrastamento, a própria sobrevivência como um fim em si; essa preservação a segurança interna e externa, em particular torna-se um fim específico; surge o fenómeno burocrático; mesmo sem ser absoluto ou totalitário, o Estado possui a sua mística de poder e justifica as suas ações em nome de objetivos próprios; as instituições políticas, instituições especializadas, adquirem autonomia”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 5.

¹⁷⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 217-221.

¹⁷⁰⁷ “É certo que a observância livre do direito, em larga medida apoiada num consenso geral, faz com que no quotidiano não se recorra a esta força física; mas as sanções que se seguem às violações de normas garantem simultaneamente a essas normas força motivadora e eficácia para os casos muito mais numerosos de observância obediente. (Por esta razão, o Estado que reaja de forma pouco enérgica às violações do direito também prejudica indirectamente o funcionamento normal da ordem jurídica)”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 477.

¹⁷⁰⁸ “A eficácia deste sistema de controle jurídico está condicionado pelo monopólio estatal da coação física legal, isto é, pela inaplicabilidade de um direito legal de resistência contra as disposições do poder do Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

¹⁷⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 222.

Estado constitucional também está condicionado à observação de **regras**, impondo elas permissões e **limites** ao **Poder político**.

Sem embargo, nesse contexto, adentrando à esfera jurídica¹⁷¹⁰, quando por **direito**¹⁷¹¹ se compreende o conjunto de normas dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a **política** assume destacado relevo se relacionando com o direito sob duas óticas distintas¹⁷¹²: “enquanto a ação política se exerce **através** do direito, e enquanto o direito **delimita** e **disciplina** a ação política”.¹⁷¹³ Nesse *primeiro* aspecto, a **ordem jurídica** pode ser considerada como um **produto da política**; assim, sendo o **direito** um **produto do Poder**, o **nexo** entre Poder político e o direito é evidenciado na existência de uma *ordem jurídica*¹⁷¹⁴ **dependente** da existência de um *Poder político*, cujo instrumento característico é a *força física*.¹⁷¹⁵

Por isso, aduz Kelsen que o “fenômeno do poder político manifesta-se no fato de as normas que regulam o uso desses instrumentos se tornarem eficazes”; o poder não significa prisões, metralhadoras ou canhões. “O ‘poder’ não é algum tipo de substância ou entidade por trás da ordem social. O **poder político** é a **eficácia da ordem coercitiva** reconhecida como Direito”.¹⁷¹⁶ E, conforme Heller, o “Poder do

¹⁷¹⁰ “Enquanto uma corrente doutrinária pretende caracterizar o poder do Estado como poder político, incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia, sem qualquer limitação, uma diretriz oposta qualifica-o como poder jurídico, nascido do direito e exercido exclusivamente para consecução de fins jurídicos. A mais alta expressão dessa corrente doutrinária é, sem dúvida alguma, HANS KELSEN”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. p. 114.

¹⁷¹¹ “Según Krabbe, la idea moderna del Estado reconoce la autoridad impersonal del Derecho como poder gobernante de la vida social humana. No es la voluntad del soberano, sino la convicción jurídica del pueblo la que da fuerza obligatoria al Derecho positivo”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. p. 75.

¹⁷¹² “Hay pocos problemas en la ciencia del Derecho que hayan producido tanta controversia como el de la relación entre Derecho y Estado. Este problema se ha planteado en forma general, abstracta y teórica. Se ha preguntado si el Estado era algo superior al Derecho o si el Derecho era superior al Estado o si ambos constituían dos aspectos distintos de la misma cosa”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. p. 72.

¹⁷¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 232.

¹⁷¹⁴ “A palavra ‘poder’ tem significados diferentes nesses diferentes usos. O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 364.

¹⁷¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 232/3.

¹⁷¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 274/5.

Estado é, pois, sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado¹⁷¹⁷.¹⁷¹⁸

Dessa forma, o **Estado**, como grupo social, também tem seu Poder¹⁷¹⁹, que é o **Poder político** ou o **Poder estatal, juridicamente**¹⁷²⁰ **estruturado**¹⁷²¹, responsável por **coordenar** e impor **limites** à sociedade civil composta por uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, de onde se observa que esse Poder político é **superior** aos demais poderes sociais, influenciado por uma complexidade de “valores¹⁷²²”, assim como caracterizador da soberania estatal.¹⁷²³ Nesse campo, é importante destacar que “o governador tem poder **no** Estado mas nunca possui poder **do** Estado¹⁷²⁴”.¹⁷²⁵ Assim, o Estado é o detentor do Poder, que é

¹⁷¹⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

¹⁷¹⁸ “Essa é uma das dinâmicas, senão a essencial, que se instaura no âmbito do Estado de Direito entre Estado, Direito e poder, lembrando que a palavra poder, de modo geral, designa a capacidade ou a probabilidade de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de outro indivíduo”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 209.

¹⁷¹⁹ “Neste ponto impõe-se a determinação de uma imprecisão a propósito do uso da palavra ‘poder’. Por um lado, o poder é expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim. Quando nos referimos a poder estatal, visualizamos o poder – político – juridicamente organizado. Assim, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para a realização dos fins dessa ordem”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 232/3.

¹⁷²⁰ “Assim, quando se diz que o poder é jurídico isso está relacionado a uma graduação de juridicidade, que vai de um mínimo, representado pela força ordenadamente exercida como um meio para atingir certos fins, até a um máximo, que é a força empregada exclusivamente como um meio de realização do direito e segundo as normas jurídicas”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 116.

¹⁷²¹ “Na ‘clássica’ doutrina da separação de poderes, o princípio político de uma limitação de poderes é traduzido num esquema de distribuição das competências: o poder do Estado é um poder juridicamente estruturado”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 467.

¹⁷²² “O dinamismo do exercício do Poder, na linha de raciocínio que venho seguindo e expondo, supõe que haja correspondência entre o Valor ou os Valores que o fundamentam e a forma dele se expressar. Deste modo, do reconhecimento de que o Valor é a fonte principal do Poder resulta que a espécie de Poder expressa tal fonte: se o Valor predominante for o social, o Poder será tal; se for o espiritual, o Poder se expressa como religioso; se for a segurança interna ou externa, tal fonte gera o Poder militar; se for o econômico, eis o Poder assim caracterizado; e, se tais valores são articulados e combinados, a sua expressão será através do Poder complexo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 39.

¹⁷²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 109.

¹⁷²⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 285. Sem negrito no original.

¹⁷²⁵ “O poder é qualidade ou atributo do Estado. Mas importa distinguir planos. No plano sociológico, ele tende a aparecer não tanto como poder da comunidade estatal quanto como poder do aparelho de órgãos e serviços que dentro desta se salientam. Existindo, embora, na e para a comunidade, o poder vai exercer-se sobre ela e vai agir, unificando-a e orientando-a. No plano jurídico, pelo contrário, não é admissível separar (ou separar inteiramente) a titularidade do poder da própria comunidade. Pelo menos em três aspetos: a) A pessoa coletiva Estado tem por substrato a comunidade, não se reduz aos órgãos e agentes que formam e exprimem a sua vontade; b) Os titulares dos órgãos e agentes detentores das faculdades ou parcelas de poder político provêm da comunidade, têm de ser designados dentre os seus membros (seja qual for o modo de designação);

único, em conformidade ao princípio unificador da ordem jurídica.¹⁷²⁶

A segunda reflexão trazida por Bobbio, “sobre como o direito **delimita e disciplina** a ação política”, encontra explicação contemporânea no constitucionalismo¹⁷²⁷, mais precisamente no “problema da legalidade do poder, que diz respeito não mais a quem tem o direito de governar, mas ao **modo** como o Poder de governo deve ser exercido”, exigindo-se que o Poder político do Estado seja manifestado em conformidade às **regras** estabelecidas e dentro dos contornos por ela impostos, no **governo das leis sobre o governo dos homens**. Dessa complexa relação entre política e direito nasceu a noção de **Estado de direito** – Estado constitucional –, ideia que está indissociavelmente imbricada com a necessária separação de poderes^{1728, 1729}.

Sem embargo, do *Poder político* do Estado decorrem três características fundamentais consistentes na **unicidade, indivisibilidade e indelegabilidade**, “de

c) O poder constituinte como poder de auto-organização originária é um poder da comunidade, e não evidentemente dos governantes instituídos por essa organização”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 154.

¹⁷²⁶ “Ainda que o poder do Estado seja um só e indivisível, é necessário que ele seja exercido por meio de três funções distintas (executiva, legislativa e judiciária) e que estas sejam confiadas a órgãos diferentes para que o exercício do poder político seja feito adequadamente e não haja qualquer concentração que mine a democracia. Tais funções são exercidas por órgãos que, em conjunto, são denominados governo ou órgãos governamentais. Trata-se aqui de impedir qualquer acumulação destas funções em um só órgão ou pessoa, tal como ocorria nas Monarquias absolutistas do Antigo Regime. Desta maneira, a separação dos poderes é, também, uma fuga à pessoalidade do poder típica deste período, de tal modo que deixa de vigorar aquela total concentração de poderes nas mãos do monarca que permitiu a Luís XIV dizer ‘*L’État c’est moi*’ (‘O Estado sou eu’), noção extraída da soberania divina atribuída ao monarca e que, é claro, configurava uma evidente concentração de poderes, já que não havia qualquer divisão de órgãos separados responsáveis pelas funções executiva, legislativa e judiciária”. GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 167.

¹⁷²⁷ “[...] *en el Estado constitucional todos los ‘órganos’ están constituidos por la Constitución y el principio transtemporal, el texto clá-sico que ‘divide’ a todo Estado constituido, que equilibra y articula entre sí sus formas de manifestación, es precisamente la división de poderes de Montesquieu*”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 2 ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2016. Tradución de Héctor Fix-Fierro. p. 197.

¹⁷²⁸ “A ‘Separação de Poderes’, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.135.

¹⁷²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 232 e 236/7. Sem negrito no original.

onde parece impróprio falar-se em *divisão e delegação de poderes*¹⁷³⁰. O exercício do Poder político do Estado ocorre por meio dos **órgãos** estatais, que são diferentemente estruturados de acordo com a respectiva realidade de cada Estado¹⁷³¹, em regra na divisão¹⁷³² das funções entre **três** Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A despeito, não se pode confundir a distinção das **funções** do Poder com a divisão ou a separação de **poderes** do Estado, não obstante haver uma conexão necessária entre elas. A **distinção das funções** consiste na especialização das atividades políticas do Estado de acordo com a sua natureza, sem levar em consideração os órgãos estatais que a exercem. A **divisão de poderes**¹⁷³³ é sedimentada em confiar cada uma dessas funções a órgãos estatais distintos, evitando-se a concentração do Poder.¹⁷³⁴

Não obstante, a divisão de poderes¹⁷³⁵, ou distribuição¹⁷³⁶ de funções

¹⁷³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 109.

¹⁷³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 161.

¹⁷³² “A divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade; foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385

¹⁷³³ “A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 110.

¹⁷³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 110.

¹⁷³⁵ “Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 213.

¹⁷³⁶ “Portanto, foi um erro descrever o princípio fundamental da monarquia constitucional com a ‘separação de poderes’. As funções originalmente combinadas na pessoa do monarca não foram ‘separadas’, mas antes divididas entre o monarca, o parlamento e os tribunais. Os ‘poderes’ legislativo, executivo e judiciário, que os que formularam o princípio de separação tinham em mente, não são três funções do Estado distintas logicamente, mas competências que o parlamento, o

políticas do Estado¹⁷³⁷, está fundada em dois elementos: o *primeiro* deles na “especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma **função**”; o *segundo* na independência **orgânica**, onde, “além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação”.¹⁷³⁸

Dessa forma, levando-se em consideração que o Poder do Estado é uno e indivisível, a expressão separação de poderes deve ser interpretada de maneira adequada, significando a **desconcentração** de atribuições públicas para que não sejam depositadas em uma mesma pessoa, que então controlaria o Estado por inteiro sem que houvesse outra esfera competente de limitação e fiscalização dos seus atos.¹⁷³⁹ Por isso o termo separação de poderes do Estado deve ser vislumbrado sob duas óticas: a da **separação das funções**¹⁷⁴⁰ do Estado, que são, na acepção mais clássica, executiva, legislativa e jurisdicional, e da **divisão orgânica**¹⁷⁴¹ entre os entes estatais supremos que deverão desempenhar de forma

monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história na chamada monarquia constitucional”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 402.

¹⁷³⁷ “Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de *poder* e de *função* do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 214.

¹⁷³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

¹⁷³⁹ “A análise das funções do Estado moderno está estreitamente vinculada à doutrina da separação dos poderes, exposta e desenvolvida por Montesquieu, na clássica obra *O espírito das leis*. Embora teorizada por Locke (*Tratado do governo civil*) e tendo antecedentes na obra de Aristóteles (*A política*), foi devido a Montesquieu que a doutrina da separação dos poderes ganhou enorme repercussão, transformando-se numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos. A separação dos poderes consiste basicamente em distinguir três funções básicas do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. O poder, como expressão da soberania do Estado, é fundamentalmente uno, pelo que a tradicional ‘separação dos poderes’ deve ser entendida no sentido de divisão funcional do poder”. ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 67.

¹⁷⁴⁰ Separação funcional: “O que se convencionou chamar de separação dos Poderes é mais propriamente denominado separação das funções estatais. Isso porque o Estado é uno, tendo um único poder, indivisível, portanto. As funções exercidas pelo Estado é que são distintas, exercidas por órgãos distintos. Aliás, essa é a nomenclatura utilizada pela Constituição do Equador, que prevê as seguintes funções estatais (*Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y Justicia Indígena, Función de Transparencia y Control Social e Función Electoral*)”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1272.

¹⁷⁴¹ Divisão orgânica: “Trata-se de uma modelo político no qual o Estado tem suas funções divididas e delineadas em órgãos diferentes e independentes, cada qual com distintas áreas de responsabilidade e, em regra, indelegáveis. Embora independentes, há casos de inter-relacionamento entre eles, o que a doutrina convencionou chamar de freios e contrapesos (*check and balances*)”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1272.

independente essas funções públicas, os quais são, também de acordo com a classificação tradicional, Executivo, Legislativo e Judiciário.

7.2 A SEPARAÇÃO DO PODER POLÍTICO DO ESTADO: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme delineado acerca do Poder político do Estado, em uma de suas vertentes ela tocava a forma como a ação política estatal poderia ser disciplinada e controlada, situação que encontra substrato na “separação entre os poderes do Estado”.

Dentre os principais **sistematizadores** da **teoria da separação de poderes** é possível destacar, começando na antiguidade, Platão e Aristóteles, entre o medievo e a modernidade Maquiavel, Locke e com pleno destaque Montesquieu, que lançou luzes sobre a positivação constitucional da teoria, os “federalistas” norte-americanos, os revolucionários franceses e contemporaneamente tantos outros que apresentaram contribuições para o aperfeiçoamento do sistema.

7.2.1 Platão

Platão foi possivelmente o primeiro filósofo a tratar da separação das funções buscando uma cidade mais adequada e uma ordem justa, equânime e harmônica por meio da divisão das funções da *polis* entre os entes da comunidade, desconcentrando, assim, o Poder, acarretando, por consequência, o equilíbrio da sociedade. Existia pensamento comum da antiguidade que era elevar o Estado acima do indivíduo, de modo organicista, como ser natural e anímico, anterior ao indivíduo e tendo precedência sobre todas as partes, existindo o indivíduo em favor do Estado e não o Estado em favor do indivíduo – concepção que foi refutada muito tempo depois, primeiramente por Hobbes, especialmente em relação ao absolutismo

monárquico¹⁷⁴².

Platão nasceu em Atenas e era descendente de uma família aristocrática. Foi aluno de Sócrates¹⁷⁴³ e dele sofreu grande influência intelectual. Depois da condenação de Sócrates, Platão deixou Atenas e guardou forte mágoa política; regressando mais tarde, Platão foi preso e libertado após ser comprado por um amigo. A restituição do dinheiro do resgate não foi aceita e Platão o investiu na compra da sua Academia destinada a difundir a ética e o conhecimento da política. No plano filosófico, Platão analisou os sistemas políticos da *polis*, lastreado sobre um preceito de justiça natural e universal, transcendente do pensamento humano e localizado filosoficamente no bem, em combate ao mal.¹⁷⁴⁴

Em sua obra “As Leis¹⁷⁴⁵”¹⁷⁴⁶, vinculou o julgamento às normas¹⁷⁴⁷, cujo programa de controle e moderação do Poder detinha uma relação organizada mais acentuada, por meio de uma forma mista de governo para a partir deste modo dividir o Poder supremo e dessa maneira limitá-lo. Tanto Platão, quanto posteriormente Políbio¹⁷⁴⁸, afirmaram que os fatores de Poder deveriam estar contrabalanceados

¹⁷⁴² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 127/8.

¹⁷⁴³ “Com efeito, era bem difícil saber onde terminara o pensamento de Sócrates e onde começava o de Platão. Devemos, portanto, considerar a existência de duas diretrizes em Platão: a primeira, de consolidar e defender as ideias de seu mestre Sócrates e a segunda, defender a ideia da Cidade-Estado como uma unidade social, política e econômica. O Estado e religião encontravam-se identificados”. PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 40.

¹⁷⁴⁴ PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 42.

¹⁷⁴⁵ PLATÃO. **As Leis**. Disponível em: <https://www.baixelivros.com.br/download-gratuito?leis.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

¹⁷⁴⁶ “Nesta que é sua última obra, Platão propõe uma nova antropologia –o homem não é prudente nem sábio de nascença, age quase sempre com ambição e egoísmo na convivência social (875a-b) – cujo elemento-chave é a lei escrita. Esta, porém, somente cumprirá papel educativo se preservar a liberdade, pelo exercício da força persuasiva (e não da coativa) sobre o cidadão. Para que as prescrições legislativas sejam compreendidas e a prevalência do interesse coletivo sobre o particular aceito, prelúdios, exposição de motivos, exortações, formarão um todo orgânico com ela: dirigem-se assim a uma cidade assentada sobre um tripé fundamental de valores – a concórdia, a sabedoria e a liberdade (659de, 664a-d) – cujos cidadãos repudiam os impedimentos à unidade da sociedade, o despotismo e a concentração de poderes numa só figura (659de, 664a-d). A escritura, neste contexto, está plenamente a serviço da liberdade deles pois, uma vez codificadas, as leis tornam-se independentes inclusive daquele que as redige”. SANTOS, Maria Carolina Alves dos Santos. **Platão e a questão da estrutura nas leis**. Boletim do CPA, Campinas, nº 15, jan./jun. 2003 - pp. 133-142. p. 140/1. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/parcerias/sbp/pdf/13-mcarolinar.pdf>. Acesso em: maio 2020.

¹⁷⁴⁷ PITSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 42/3.

¹⁷⁴⁸ Megalópolis, 203 a.C. - 120 a.C.

entre si de maneira que nenhum deles pudesse preponderar sobre o outro e que todos permanecessem em equilíbrio, assim como uma balança, compensados mutuamente pelas forças antagônicas conservando duradouramente a situação constitucional.¹⁷⁴⁹

Existe, assim, um **esboço**, ligeiramente precário, sobre a separação das funções públicas, bastante diversificadas, com especial destaque aos legisladores e magistrados executivos. Nessa senda, Platão descreveu que não se podia afirmar, sem que com isso pudesse causar certa ambiguidade, serem os juízes, por exemplo, equiparados aos magistrados ou não, o que deveria ficar a cargo da definição na legislação¹⁷⁵⁰. **Não** apresentou, assim, uma divisão orgânica para os poderes do Estado¹⁷⁵¹ ou uma finalidade precisa para o Estado (“cidade”)¹⁷⁵².

7.2.2 Aristóteles

Aristóteles foi um filósofo grego¹⁷⁵³ que nasceu em Estagira, colônia grega da Macedônia, no ano de 384 a.C. Filho de médico, foi para Atenas ser aluno Platão na Academia, onde posteriormente também lecionou até a morte de Platão. Afastou-se de Atenas para empreender viagens; lecionou para jovens, foi general comandante do exército, tendo retornado para Atenas em 336 a.C., quando fundou

¹⁷⁴⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 464.

¹⁷⁵⁰ Por conseguinte, no que diz respeito aos tribunais, em relação aos quais, como afirmamos, não podemos dizer com certeza se são magistraturas ou não sem cairmos numa ambiguidade, - esse esboço servirá para dar deles uma descrição parcial, a despeito de muito omitir, já que seria mais apropriado que a legislação o a definição nas suas minúcias no que trata aos processos fossem colocados na conclusão do código de leis”. PLATÃO. **As Leis**. p. 251.

¹⁷⁵¹ “Os cargos deverão caber aos homens que se destacam na obediência às leis e estendem esta vitória ao Estado, o mais elevado cargo (o serviço aos deuses) ao primeiro destes, o segundo cargo ao segundo destes, e aos demais cargos sendo necessariamente distribuídos de maneira análoga e sucessivamente a todos esses homens. Se chamo de servidores da lei”. PLATÃO. **As Leis**. p. 188.

¹⁷⁵² “Pertence ao organicismo de Platão, tanto quanto o de Aristóteles, às chamadas teorias orgânicas inconscientes de van Krieken, referidas e perfilhadas por Otto von Gierke. Comparou o pensador grego o Estado ao homem, sendo o primeiro ampliação do segundo. Essa consemelhança antropomórfica da coletividade com o indivíduo manifesta-se no idealismo platônico como a primeira representação científica do organicismo. Ao interpretar a filosofia platônica do Estado, declara Ahrens que Platão não dá nenhuma finalidade precisa ao Estado”.

¹⁷⁵³ “É na Grécia que vamos encontrar as primeiras manifestações e preocupações com o Estado, mas assim mesmo confundindo pelo pequeno universo representado pela *polis* grega”. FILOMENO, José Geraldo. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

sua própria escola denominada Liceu. Sua filosofia aristotélica diferiu da platônica, pois enquanto esta previa uma espécie de Estado socialista suprimindo a família, aquela unia a mulher e a natureza para a formação da cidade – *polis*.¹⁷⁵⁴

Aristóteles trata em sua obra “A Política”, especificamente nos segundo e terceiro livros, sobre os elementos necessários à existência da “cidade”, da especialização das funções e dos poderes existentes em todos os governos¹⁷⁵⁵. Nesse diapasão, os membros da sociedade política deveriam necessariamente se ocupar das funções públicas, tendo em vista que toda cidade exige¹⁷⁵⁶ fundamentalmente de víveres, artes, ofícios, armas, arrecadação, ministros, sacerdotes, conselhos e tribunais. Sendo essas, para ele, as funções e profissões que todo Estado precisa desenvolver^{1757, 1758}.

Para Aristóteles, o Estado ou a cidade podem ser considerados como “uma sociedade de pessoas semelhantes com vistas a levar juntas a melhor vida possível”. Do ponto de vista da finalidade, a felicidade seria o maior bem a ser atingido por meio do uso perfeito da virtude¹⁷⁵⁹, permitindo, de acordo com a

¹⁷⁵⁴ PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 42/3.

¹⁷⁵⁵ “O governo é o exercício do poder supremo do Estado”. ARISTÓTELES. **A Política**. [recurso digital] Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 5 maio 2020. p. 72.

¹⁷⁵⁶ “A Cidade precisa: 1º- de víveres; 2º- de artes e ofícios, pois a vida necessita de muitos instrumentos; 3º- de armas, quer para manter a autoridade no interior e submeter os rebeldes, quer para repelir os assaltos injustos do exterior; 4º- de numerário para o comércio dos cidadãos entre si e para os negócios da guerra; 5º- de ministros - e é por aí que devíamos ter começado - para o culto divino, ministério que se chama sacerdócio; 6º- enfim, o que é de uma necessidade ainda mais indispensável, de conselhos e de tribunais que conheçam toda espécie de interesses e de direitos de cidadão para cidadão”.

¹⁷⁵⁷ Recapitulando toda esta exposição, constataremos que todos os ofícios ou ministérios necessários têm por objeto quer as honras devidas ao Ser supremo, quer o serviço militar, quer a administração das finanças, vale dizer, a receita ou a despesa das rendas públicas, quer o abastecimento dos mercados ou a polícia das cidades, dos portos e dos campos, além da administração da justiça, o tabelionato dos contratos, a execução das sentenças, a guarda das prisões, a auditoria e o exame das contas, a reforma dos abusos e das prevaricações, enfim, as deliberações sobre os negócios de Estado. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 90-98

¹⁷⁵⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 67.

¹⁷⁵⁹ “Depara-se-nos em Friedrich Julius Stahl, célebre jurista da corrente teleológica, a afirmativa, feita em sua profunda análise histórica dos fins estatais, de que a filosofia aristotélica do Estado punha na felicidade e na virtude do indivíduo todo o sentido da teleologia estatal. [...] Teve a filosofia aristotélica do Estado organicista a sua primeira refutação individualista em Hobbes, quando este ponderou que não é o impulso natural da comunidade que leva o homem, ser político, ao Estado, mas tão somente a vantagem e o medo, representações de uma ordem psíquica, anteriores e exteriores à ordem coletiva (Karl Larens e Guenther Holteit, *Staatsphilosophie*, p. 67)”. BONAVIDES,

diversidade do Estado, que muitos ou poucos participassem da vida política, em conformidade ao “gênero de vida e os meios que cada povo emprega para alcançar o bem-estar”.¹⁷⁶⁰

Determinadas as **funções públicas**¹⁷⁶¹, para Aristóteles deveria haver **especialização** entre elas, e enquanto algumas poderiam ser comuns a todos, outras próprias e destinadas apenas a **determinadas pessoas**¹⁷⁶². Ainda que isso não ocorra em todos os Estados, se a procura for pela melhor constituição¹⁷⁶³ possível, não se poderia contar entre os cidadãos com aqueles que exercem profissões mecânicas ou comerciais, ou mesmo lavradores, pois é preciso mais **virtudes** do que as que eles possuem para o exercício dos cargos civis, por exemplo. Dessa forma, restariam para ocupar os **cargos políticos** “os homens de guerra, os membros do Conselho que deliberam sobre o interesse público e os juízes que sentenciam sobre o direito dos pleiteantes. São estes, sem dúvida, os principais membros do Estado”, conforme delineado por Aristóteles.¹⁷⁶⁴

Na concepção de Aristóteles¹⁷⁶⁵, essas funções políticas importantes ao Estado, além de **divididas**, deveriam ser empregadas a **pessoas diversas**, pois

Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 128, em nota de rodapé.

¹⁷⁶⁰ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 69.

¹⁷⁶¹ Aristóteles também tratou monarquia, além da separação das funções do Estado, o que foi criticado por Montesquieu: “O embaraço de Aristóteles mostra-se visivelmente quando ele trata da monarquia. Estabelece cinco tipos: não as distingue segundo a forma da constituição, mas segundo coisas de acidente, como as virtudes e vícios do príncipe; ou segundo coisas alheias a ela, como a usurpação da tirania ou a sucessão da tirania. Aristóteles classifica entre as monarquias tanto o império dos persas quanto o reino da Lacedemônia. Mas quem não percebe que um era um Estado despótico e o outro uma república? Os antigos, que não conheciam a distribuição dos três poderes no governo de um só, não podiam ter uma ideia clara da monarquia”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espíritos das Leis**. p. 180

¹⁷⁶² “Entre os cargos políticos, uns interessam à universalidade dos cidadãos, embora se limitem a um só gênero de negócios, como o de general de exército; outros não interessam senão a particulares, como o de curador das mulheres e das crianças; os outros são relativos apenas ao governo dos interesses e dos negócios domésticos, como o posto, também ele eletivo, de jurado mensurador de grãos ou de aferidor de líquidos; outros, finalmente, não passam de ofícios ministeriais, que os ricos, quando nomeados para eles, fazem com que sejam exercidos por seus escravos. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 90.

¹⁷⁶³ Constituição possivelmente utilizado como sinônimo de Cidade.

¹⁷⁶⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 60-70.

¹⁷⁶⁵ “O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em ARISTÓTELES, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 297.

seria perigoso e injusto **concentrar** elas em uma só mão, por isso, em regra¹⁷⁶⁶, uma mesma pessoa não poderia exercer mais de uma função concomitantemente¹⁷⁶⁷, nada impedindo, porém, “que elas passem em seguida de uns para os outros.”¹⁷⁶⁸ É até bom que isto aconteça [...] não ao mesmo tempo, mas em épocas diferentes”, convindo ao “interesse e à dignidade do Estado”.¹⁷⁶⁹

Estabelecidas as **funções políticas** do Estado e da cidade, Aristóteles avança em sua obra e afirma que todo governo possui **três poderes essenciais**¹⁷⁷⁰, para os quais o legislador prudente deve bem acomodar, consistindo o primeiro na *deliberação sobre os negócios do Estado*; o segundo compreendendo as “*magistraturas ou poderes constituídos*, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las”, e o terceiro seria o *jurisdicional*.¹⁷⁷¹

O Poder **deliberativo**, equivalente ao **Legislativo**, seria o “verdadeiro

¹⁷⁶⁶ Aristóteles cita como exceção as cidades muito pequenas em que haveria a necessidade de uma mesma pessoa exercer mais de uma função política; a regra posta seria com relação às grandes cidades.

¹⁷⁶⁷ Eis quais são os elementos necessários para a composição de um Estado e quais são os membros do corpo político. À classe dos instrumentos necessários pertencem os lavradores, os artesãos e todos os mercenários; à dos cidadãos, os homens de guerra e de lei, quer exerçam estas funções de uma vez para sempre, quer as exerçam alternadamente. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 70.

¹⁷⁶⁸ “Desde a antiguidade grega, com Aristóteles, foi assinalado o inconveniente da concentração dos poderes nas mãos de uma só pessoa, por ser injusta e perigosa mas também pela impossibilidade de que uma só pessoa possa conhecer todas as necessidades dos governados e dar atendimento a elas”. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 261.

¹⁷⁶⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 69.

¹⁷⁷⁰ “Os três poderes estavam distribuídos de forma que o povo tivesse o poder legislativo; e o rei, o poder executivo com o poder de julgar; no lugar disto, nas monarquias que conhecemos, o príncipe tem o poder executivo e o legislativo, ou pelo menos parte do legislativo, mas não julga. No governo dos reis dos tempos heroicos, os três poderes estavam mal distribuídos. Estas monarquias não podiam manter-se, pois, assim que o povo possuía a legislação, podia, ao menor capricho, aniquilar a realeza, como o fez em todo lugar. Num povo livre, que possuía o poder legislativo; num povo fechado numa cidade, onde tudo o que existe de detestável se torna ainda mais detestável, a obra-prima da legislação é saber bem situar o poder de julgar. Mas ela não podia estar pior do que entre as mãos daquele que já possuía o poder executivo. A partir daí, o monarca se tornava terrível. Mas, ao mesmo tempo, como não tinha a legislação, não podia defender-se da legislação; ele tinha poder demais e não tinha poder suficiente. Não se tinha ainda descoberto que a verdadeira função do príncipe era estabelecer tribunais e não ele mesmo julgar. A política contrária tornou o governo de um só insuportável. Todos estes reis foram cassados. Os gregos não imaginaram a verdadeira distribuição dos três poderes no governo de um só; imaginaram-na apenas no governo de vários e chamaram a este tipo de constituição polícia”. MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. p. 181

¹⁷⁷¹ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 87. Sem itálico no original.

soberano do Estado”.¹⁷⁷² No modelo ideal, o Poder deliberativo estaria constituído por uma assembleia, composta por cidadãos destacados, mediante eleição ou sorteio, e caberia a ele “decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados”.¹⁷⁷³

Após o Poder deliberativo – assembleia –, emergiria o Poder **Executivo**, formado pelas “**magistraturas governamentais**, suscetíveis de várias diferenças”, cujo tempo de exercício e a forma de escolha seria uma tarefa de difícil definição, o que dependeria de cada forma de governo.¹⁷⁷⁴

“A ordem judiciária é o terceiro órgão da Constituição e do governo”. Seria o Poder **Judiciário**, constituído por **tribunais e juízes**, nomeados por meio de *eleição ou sorteio*¹⁷⁷⁵. A Jurisdição seria exercida em *oito matérias distintas*, desde o julgamento de crimes, passando por temas como malversações financeiras, contratos, banimentos e conduta dos agentes políticos, culminando em julgamentos para “casos mínimos”¹⁷⁷⁶.

Nesse contexto, apesar de não estar se reportando diretamente aos poderes do Estado, Aristóteles indicou sua predileção pela **alternância** no exercício das funções públicas, eventualmente com as pessoas transitando entre elas, ainda

¹⁷⁷² ARISTÓTELES. **A Política**. p. 89.

¹⁷⁷³ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 88.

¹⁷⁷⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 90. Sem negrito no original.

¹⁷⁷⁵ “É preciso necessariamente que aqueles que devem julgar todas estas espécies de casos sejam nomeados ou por uma ou por outra destas duas maneiras, a eleição ou o sorteio; ou para todas as espécies de matérias, parte por eleição, parte por sorteio; ou, para certos casos, por uma ou outra destas mesmas maneiras. O que produz quatro diferentes procedimentos”. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 94.

¹⁷⁷⁶ “A primeira, para a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados. A segunda, para as malversações financeiras. A terceira, para os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição. A quarta, para as multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas. A quinta, para os contratos de alguma importância entre particulares. A sexta, para os assassinios ou tribunal criminal. Distingue-se se o homicídio foi cometido na pessoa de um juiz ou de um particular; se foi perpetrado premeditadamente ou involuntariamente; se, sendo certo o fato, só se trata da questão de direito; se há ruptura de banimento por parte dos exilados por assassinio, caso que em Atenas se leva ao tribunal do Poço, ou Phrear, o que só acontece raramente e apenas nas grandes Cidades. A sétima para os negócios dos estrangeiros, quer entre eles, quer contra cidadãos. Além destes tribunais, existem juízes para os casos mínimos [...]”. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 93.

que não concomitantemente e em épocas distintas, as quais, diante da divisão por ele apresentada, incluiria também as funções dos Poderes deliberativo – Legislativo –, Executivo e Judiciário de um governo ideal, registrando, nesse campo, a existência de funções não acumuláveis diante da incompatibilidade entre elas¹⁷⁷⁷.

Dessa forma, Aristóteles arquitetou de maneira sistematizada o primeiro protótipo da teoria que se sedimentaria somente na idade moderna, quase dois mil anos depois, a partir da releitura proposta por Montesquieu e do surgimento do Estado moderno. O principal **objetivo** da organização civil da comunidade era, porém, a busca pela **felicidade**, e **não** necessariamente uma *separação de funções* ou *divisão orgânica* de modo a evitar a *concentração* de Poder em uma mesma pessoa.

Apesar da notória utilidade na distribuições das funções públicas – separação funcional –, Aristóteles **não** pormenorizou as respectivas atribuições de cada um dos eventuais órgãos que exerceriam tais funções e também **não** buscou assegurar a estabilização por meio de uma organização formal de Estado – divisão orgânica –, mas sim por intermédio da constituição mista¹⁷⁷⁸ e do equilíbrio social, distribuindo o Poder por toda a sociedade, “em especial, o maior número possível de cidadãos deveria ter posses medianas e suficientes, de modo que nem os ricos nem os pobres, nem outro estrato particular pudesse dominar a colectividade”.¹⁷⁷⁹

7.2.3 Maquiavel

Foi a partir de Maquiavel que se **cunhou a expressão “Estado”** da maneira que o identificamos como “Estado moderno” – tema abordado anteriormente

¹⁷⁷⁷ “Nada impede, portanto, que se acumulem vários cargos sobre uma mesma pessoa, contanto que suas funções não sejam incompatíveis”. ARISTÓTELES. **A Política**. p. 95.

¹⁷⁷⁸ “A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema “político-social pluralmente estruturado PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 33.

¹⁷⁷⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. p. 464.

na primeira parte da presente pesquisa.¹⁷⁸⁰

Maquiavel nasceu em Lucca, Itália, em 1469. A partir do seu pensamento, o Estado e a sociedade se afastam da especulação filosófica para a busca de um tipo ideal de Estado. Inspirou Mussolini, com o fascismo, e Gramsci, que viu na figura do “príncipe” o partido político do proletariado. “Tornou-se célebre o controvertido posicionamento de Maquiavel em favor do absolutismo monárquico sustentado por Bodin, ou da república, segundo entendimento de Rousseau”. O pensamento de Maquiavel é uma teoria de defesa e conservação do Estado absolutista, o que, destaque-se, em nada contribui para a sistematização da teoria da separação de poderes.¹⁷⁸¹

Em “O Príncipe”, Maquiavel expõe um regramento destinado aos governantes para que tenham autoridade sobre seus adversários, em uma obra científica fracionada em vinte e seis capítulos¹⁷⁸². Delineou¹⁷⁸³ nele uma concepção de Estado espelhado no modelo francês da época, afirmando que este estaria entre os reinos mais bem organizados, contendo inúmeras boas instituições, das quais dependeriam a liberdade e a segurança do rei, como o parlamento, com a sua autoridade, além de juízes, desonerando o rei da atividade judicante. Separou, de certa forma, as **funções** do Estado em três, também em uma divisão **orgânica**, consistentes na **legislativa**, a ser exercida por um **parlamento**, **executiva**, pelo

¹⁷⁸⁰ “No sentido, porém, de sociedade política permanente, a denominação ‘Estado’ surge pela primeira vez no século XVI na obra O Príncipe, de Maquiavel, indicando, no entanto, as comunidades formadas pelas cidades-estado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1

¹⁷⁸¹ PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 115.

¹⁷⁸² PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. p. 115.

¹⁷⁸³ “Entre os reinos bem organizados e governados nos nossos tempos está aquele de França. Nele existem inúmeras boas instituições, das quais dependem a liberdade e a segurança do rei; a primeira delas é o Parlamento com a sua autoridade. Aquele que organizou esse reino, conhecendo a ambição dos poderosos e a sua insolência, julgando ser necessário pôr um freio para corrigi-los e, de outra parte, por conhecer o ódio da maioria contra os grandes com base no medo, desejando protegê-la mas não querendo fosse este particular cuidado do rei, buscou dele retirar o peso da odiosidade dos grandes em sendo favorecido o povo ou deste ao dever apoiar os grandes; por isso, constituiu um terceiro juiz que fosse aquele que, sem responsabilidade do rei, contivesse os grandes e amparasse os pequenos”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020. p. 73.

monarca, e judiciária, por juízes de forma “independente” da executiva.¹⁷⁸⁴

Não queria Maquiavel, contudo, desconcentrar o Poder político do Estado. Ao contrário, Maquiavel defendeu em sua obra o **absolutismo monárquico**, e a distribuição de funções serviria apenas para evitar conspirações¹⁷⁸⁵ contra o monarca ou ser ele desprezado e odiado por seus súditos diante de decisões impopulares que eventualmente deveria tomar – como indica o próprio título do capítulo XIX da obra de onde se extrai os respectivos apontamentos.¹⁷⁸⁶ Ou seja, a separação das funções estatais era uma **estratégia** para **concentração** e **perpetuação** do Poder despótico.¹⁷⁸⁷

Também não se pode olvidar que nessa etapa da evolução histórica da humanidade a Jurisdição em regra era voltada para a punição de crimes e resolução de contenda entre particulares; não havia “direito público” a ser submetido aos juízes, assim as decisões jurídico-políticas sobre o Estado continuavam nas mãos do monarca, que também detinha a prerrogativa de avocar autos que tratavam da temática “privada” ou até mesmo desconstituir a coisa julgada, proferindo novo julgamento. Nessa esfera privada, os juízes atuavam como *longa manus* do rei; as sentenças impopulares eram por eles tomadas, preservando a imagem do monarca.

7.2.4 Locke

John Locke nasceu em Bristol, em 1632, no seio de uma família

¹⁷⁸⁴ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1274.

¹⁷⁸⁵ “Um dos mais poderosos remédios de que um príncipe pode dispor contra as conspirações é não ser odiado pela maioria”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. p.71

¹⁷⁸⁶ “Essa ordem não podia ser melhor nem mais prudente, nem se pode negar seja a maior razão da segurança do rei e do reino. Daí pode-se extrair outra conclusão digna de nota: os príncipes devem atribuir a outrem as coisas odiosas, reservando para si aquelas de graça. Novamente concluo que um príncipe deve estimar os grandes, mas não se fazer odiado pelo povo”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. p. 74.

¹⁷⁸⁷ “É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 50.

burguesa.¹⁷⁸⁸ Filho de agente imobiliário e advogado, estudou em Oxford e se formou em medicina, tornando-se posteriormente professor naquela Universidade. "Além de defensor da liberdade e da tolerância religiosa, Locke é considerado o fundador do empirismo".¹⁷⁸⁹ Dentre suas obras, a de principal destaque para a teoria do Estado é possivelmente "O Tratado Sobre o Governo Civil", de 1689, frequentemente descrito como uma defesa para a Revolução Gloriosa inglesa de 1688¹⁷⁹⁰, a qual culminou na edição do *Bill of Rights*, com a separação de poderes entre o monarca e o parlamento, e diante das perseguições políticas da época foi publicado anonimamente em suas primeiras edições¹⁷⁹¹. A importância do pensamento de Locke existe não necessariamente por ter sido ele "original ou particularmente radical ou avançado, mas ter **resumido e consolidado** a obra de toda uma geração ou mais de pensadores políticos¹⁷⁹² de modo sistematizado^{1793, 1794}

A obra foi editada em dois tomos, o Primeiro e o Segundo Tratado Sobre o

¹⁷⁸⁸ "A família Locke vivia na zona rural, no sudoeste da Inglaterra. John Senior, o pai do filósofo, era um agente imobiliário, um bom advogado do interior, puritano, capitão nas forças parlamentares que entraram em ação contra o exército do rei, e um tenaz defensor da liberdade política. MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 130.

¹⁷⁸⁹ WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13 ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 83.

¹⁷⁹⁰ "Após a revolução, a Câmara Alta e a Câmara Baixa chegaram a um acordo, na *Declaration of Rights*, acerca das condições sob as quais Guilherme III e Maria de Orange deviam ser chamados ao trono inglês. Um dos princípios mais importantes foi o preceito de que o rei em cujas mãos se depositava o poder executivo devia respeitar as leis e não as suspender, nem em geral, nem no caso particular; também não devia poder delegar a jurisdição numa comissão instituída por ele". ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 466.

¹⁷⁹¹ "La ascensión de los gobierno absolutos en toda Europa hizo evidente lo mucho que sí necesitaba un escudo protector de la libertad individual contra las invasiones de los gobiernos". BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. p. 172.

¹⁷⁹² GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. Clube do livro liberal. Editora Vozes. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Sem cidade ou ano. p. 6.

¹⁷⁹³ "Locke foi responsável pela sistematização da teoria. Segundo a doutrina, 'baseado, evidentemente, no Estado inglês do seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como 'o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras'. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1275.

¹⁷⁹⁴ "No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de LOCKE". DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 297.

Governo Civil. O **Primeiro Tratado** se limita substancialmente a refutar os princípios dispostos no "*Patriarcha de Sir Robert Filmer*". O ataque de Locke a Filmer foi principalmente destrutivo e de pouco interesse intrínseco para a atualidade. O **Segundo Tratado**¹⁷⁹⁵ – como era comum naquela época – é inaugurado com um relato sobre o estado de natureza, da condição existente onde os homens são livres e iguais, governados por uma lei maior natural a que todos estão sujeitos, e seria contrastado com a sociedade civil, da qual difere justamente por esta possuir uma autoridade ou um juiz comum a todos os seres humanos.¹⁷⁹⁶

Nas palavras de Locke, a **sociedade natural**, contudo, apesar de também estar regida por uma "lei", estaria aquém da sociedade civil para o convívio em uma comunidade política, pois nela não haveria poder legislativo de vida e de morte sobre as pessoas. Assim, a **sociedade civil** só existe onde seus integrantes concordam livremente em desistir de seus poderes naturais para erigir uma autoridade comum que possa dirimir as disputas e punir os ofensores, realizado por acordo e consentimento, tendo em vista que a liberdade não significa que o homem possa fazer apenas aquilo que lhe convém, sem qualquer consideração pela lei.¹⁷⁹⁷ Por isso, a primeira tarefa do homem ao constituir uma **sociedade política** é estabelecer o **Poder Legislativo**, que será o **Poder supremo** e sagrado nas mãos de quem a comunidade o depositar, o qual, apesar de supremo, não pode ser

¹⁷⁹⁵ "O Segundo tratado é, como indica seu título, um ensaio sobre a origem, extensão e objetivo do governo civil. Nele, Locke sustenta a tese de que nem a tradição nem a força, mas apenas o consentimento expresso dos governos é a única fonte do poder político legítimo. Locke tornou-se célebre principalmente como autor do Segundo tratado, que, no plano teórico, constituiu um importante marco da história do pensamento político, e, a nível histórico concreto, exerceu enorme influência sobre as revoluções liberais da época moderna[...], considerado por Norberto Bobbio como a primeira e a mais completa formulação de Estado liberal". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: p. 84.

¹⁷⁹⁶ GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 7.

¹⁷⁹⁷ "O contrato social de Locke em nada se assemelha ao contrato hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um pacto de submissão pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembleia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 86.

arbitrário e deve buscar o bem público da sociedade e proteger a propriedade¹⁷⁹⁸ do homem – nesse contexto, Locke se reporta sempre à “maioria¹⁷⁹⁹”.¹⁸⁰⁰

Essa soberania preceituada por Locke é aquela derivada das **leis**, e não do “soberano” em si – diferentemente do que pregava Hobbes, onde a soberania estaria acima das leis e da constituição, de modo absoluto e indivisível. Na verdade, Locke manteve o conceito de soberania como forma de Poder, mas apenas transferiu ela da pessoa que integra o Poder Executivo para os membros do Poder Legislativo. O Legislativo não estaria limitado por outra lei positiva, mas sim sujeito à **lei moral**, e a sua desobediência e desrespeito à confiança depositada ensejaria a retomada¹⁸⁰¹ do Poder ao povo por meio da “resistência”¹⁸⁰².¹⁸⁰³

E é justamente com o objetivo de resguardar o bem público da sociedade e proteger a propriedade do homem que Locke registra a necessidade da **separação** entre os poderes **Executivo** e **Legislativo**, considerando ser grande a tentação e a fragilidade humana para tentar alcançar o Poder integral quando as

¹⁷⁹⁸ Em sentido amplo, representando bens como, como exemplo, a vida, a liberdade e a propriedade privada.

¹⁷⁹⁹ “Assim, a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil (Locke não distingue entre ambas) se opera quando, através do contrato social, os indivíduos singulares dão seu consentimento unânime para a entrada no estado civil. Estabelecido o estado civil, o passo seguinte é a escolha pela comunidade de uma determinada forma de governo. Na escolha do governo, a unanimidade do contrato originário cede lugar ao princípio da maioria, segundo o qual prevalece a decisão majoritária e, simultaneamente, são respeitados os direitos da minoria”. WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 87.

¹⁸⁰⁰ GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 7.

¹⁸⁰¹ “A doutrina do direito de resistência não era recente e sua origem remontava às guerras de religião, quando os escritores políticos calvinistas, denominados monarquomacis, conclamavam o povo a resistir aos atos ilegais dos príncipes católicos. Resgatada e revalorizada por Locke no Segundo tratado, a doutrina do direito de resistência transformou-se no fermento das revoluções liberais que eclodiram depois na Europa e na América”. WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 88.

¹⁸⁰² “No domínio da prerrogativa surge sempre a velha questão: Quem julgará se este poder está sendo utilizado de modo legítimo? Eu respondo: Entre um poder executivo constituído, detentor desta prerrogativa, e um legislativo que depende da vontade daquele para se reunir, não pode haver juiz na terra. Como não pode existir ninguém entre o legislativo e o povo, quando o executivo ou o legislativo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizá-lo ou a destruí-lo. Neste caso, assim como em todos os outros casos em que não houver juiz na terra, o povo não teria outro remédio senão apelar para o céu”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 81.

¹⁸⁰³ GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 7.

mesmas pessoas editam e executam as leis. Além do Poder Executivo e Legislativo, Locke reconhece um terceiro Poder, denominado por ele como “**federativo**”. Nada diz sobre o **Judiciário** enquanto Poder de Estado, possivelmente incorporando¹⁸⁰⁴ ele ao Poder Executivo¹⁸⁰⁵.

Muito embora tenha feito distinção entre os Poderes Legislativo e Executivo e federativo – estes exercidos em conjunto, assim como a “prerrogativa” –¹⁸⁰⁶ não determinou a forma da separação ou a igualdade entre eles, ao contrário, conferiu absoluta **proeminência ao Legislativo**, de um modo bastante distante da fórmula entabulada posteriormente por Montesquieu e que mais tarde seria incorporada às constituições dos Estado modernos.¹⁸⁰⁷

Dentre os dezenove capítulos do Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, no que concerne à separação entre os poderes, Locke trata da sociedade política e civil nos capítulos VII e VIII, da sociedade política e do governo no IX, da extensão do Poder Legislativo no XI, dos Poderes Legislativo, Executivo e federativo no XII, da hierarquia dos poderes no XIII e da prerrogativa do Poder Executivo no XIV.

¹⁸⁰⁴ Há divergência; encontra-se também na doutrina indicação de que o Judiciário estaria submetido ao Poder Legislativo. Nesse sentido: “Para Locke, não há uma diferença essencial entre o Legislativo e o Judiciário, portanto este último está incluído no primeiro; isso porque ‘a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos’ (BOBBIO, p. 233)”. PELICIONI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. p. 26.

¹⁸⁰⁵ “Ele não distingue o judiciário, e parece considerá-lo parte do executivo”. Explicação em nota de rodapé: “Parágrafos 143-148. Tem sido observado que mesmo em Montesquieu a separação dos poderes não está traçada com absoluta clareza, mas que ele tende, como Locke, a misturar o judiciário com o executivo. Cf. com J. Dedieu, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris, 1909, p. 179”. GOUGH, J. W. **Introdução. Notas sobre o texto**. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 12.

¹⁸⁰⁶ Locke “[...] afirma a existência de quatro Poderes diferentes no Estado, que são o Executivo, exercido pelo rei com as limitações estabelecidas pelo Parlamento e pelas normas costumeiras tradicionais; o Legislativo, exercido pelo Parlamento; a Prerrogativa, também exercida pelo rei e consistente no poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras; e o Poder federativo, que consiste no poder de decisão sobre a guerra e a paz, também confiado ao rei”. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 261.

¹⁸⁰⁷ “Sobre a separação dos poderes em Locke, cf. com a nota de E. Barker em sua tradução de Gierke, *Natural Law and the Theory of Society*, Cambridge, 1934, ii. 359. ‘Ele observa que, embora Locke distinguisse entre o legislativo e os órgãos conjuntos executivo e federativo, ele não determinou o que é em geral entendido pela separação dos poderes, o que implica, como ocorre na constituição americana, que nenhum deles é superior a qualquer um dos outros. Ao contrário, Locke estabeleceu expressamente a supremacia do legislativo’. GOUGH, J. W. **Introdução**. in: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. Notas sobre o texto. p. 12.

Locke cuida das **sociedades civil e política** afirmando que “deus” criou o homem como uma criatura que não pode viver sozinha, por isso o submeteu a fortes obrigações de necessidade, comodidade e inclinação para que vivesse em sociedade, da mesma forma que o dotou de entendimento e linguagem para manter e desfrutar do que a sociedade civil pudesse lhe proporcionar.¹⁸⁰⁸ Seriam os homens, dessa forma, livres, iguais e independentes por natureza, e para que se submetessem a um Poder político haveria a necessidade de consentimento por parte deles, o que ocorreria por meio de um acordo coletivo e associativo para união em torno de uma comunidade de modo a proporcionar uma vida mais confortável, segura e pacífica. “Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante”.¹⁸⁰⁹

Dessa forma, segundo Locke, consentindo os homens em instituir um corpo político com a submissão a um único governo, obrigando-se todos os membros daquela comunidade à decisão da maioria, sairiam os homens de um estado de natureza¹⁸¹⁰, abdicando da liberdade em favor do controle e dominação de outro Poder, justamente porque, enquanto no estado da natureza os direitos são precários, “o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade”¹⁸¹¹ de modo permanente.¹⁸¹²

¹⁸⁰⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 57.

¹⁸⁰⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 61.

¹⁸¹⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 62.

¹⁸¹¹ “De acordo com a teoria aristotélica das formas de governo, a comunidade pode ser governada por um, por poucos ou por muitos, conforme escolha a monarquia, a oligarquia ou a democracia. A escolha pode recair ainda sobre o governo misto, como o existente na Inglaterra após a Revolução Gloriosa, onde a Coroa representava o princípio monárquico, a Câmara dos Lordes o oligárquico e a Câmara dos Comuns o democrático. Na concepção de Locke, porém, qualquer que seja a sua forma, ‘todo o governo não possui outra finalidade além da conservação da propriedade’”. WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 87.

¹⁸¹² “[...] o poder político é aquele poder que todo homem detém no estado de natureza e abre mão em favor da sociedade, e ali aos governantes que a sociedade colocou à sua frente, impondo-lhes o encargo, expresso ou tácito, de exercer este poder para seu bem e para a preservação de sua propriedade. Então este poder, que todo homem tem no estado de natureza, e que remete à sociedade em todos os casos em que a sociedade pode assegurá-lo, é para que eles utilizem os meios que considerarem bons e que a natureza permitir para preservar sua propriedade e para infligir aos outros, quando eles infringem a lei da natureza, a punição que sua razão considerar mais

Não há no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial com autoridade para dirimir as diferenças segundo a lei natural estabelecida ou um Poder para executar as sentenças justas. Nele, o homem detém dois poderes: o primeiro é fazer tudo o que acha conveniente dentro dos limites impostos pela lei da natureza; o segundo é punir os crimes cometidos contra aquela lei. A ambos o homem renuncia quando se associa a uma sociedade política organizada, o que seria despiendo não fosse a corrupção e os vícios de indivíduos degenerados.¹⁸¹³

Esse Poder conferido à sociedade é depositado no **Poder Legislativo** para que este disponha dele na medida em que o bem da sociedade exija, agindo com a única finalidade de melhor proteger a liberdade e a propriedade, ou seja, o bem-comum¹⁸¹⁴. Seja quem detenha o Poder Legislativo, ou o Poder supremo de uma comunidade, este deve governar por meio das **leis**¹⁸¹⁵ estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo – os Poderes, incluindo o Legislativo, por sua vez, estariam limitados pelo direito natural e pelo “pacto”^{1816, 1817}

adequada para garantir sua preservação e a de toda a humanidade”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 82.

¹⁸¹³ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 69/70

¹⁸¹⁴ “Segundo Locke (1994, p. 169), os limites que se impõem ao Poder Legislativo são quatro, quais sejam: 1º) as leis devem ser estabelecidas para todos igualmente, e não devem ser modificadas em benefício próprio; 2º) as leis “só devem ter uma finalidade: o bem do povo”; 3º) não deve haver imposição “de impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus representantes”; 4º) a competência para legislar não pode ser transferida para outras mãos que não aquelas a quem o povo confiou”. PELICIONI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. p. 20-30.

¹⁸¹⁵ “O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade; a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 71

¹⁸¹⁶ “Como a finalidade e a medida deste poder, quando está nas mãos de cada homem no estado de natureza, é a preservação de toda a sua sociedade, ou seja, de toda a humanidade em geral, não pode ter outra finalidade ou medida, quando está nas mãos dos magistrados, senão preservar os membros daquela sociedade em suas vidas, liberdades e posses; e por isso não pode ser um poder absoluto e arbitrário sobre suas vidas e bens, que devem ser preservados tanto quanto possível, mas um poder de fazer leis e completá-las por penalidades que sejam de natureza a assegurar a preservação do todo, amputando aquelas partes, e apenas aquelas, cuja corrupção se torne uma ameaça para as partes saudáveis e idôneas, pois a severidade só é legítima neste sentido. E este poder procede apenas do pacto, do acordo e do consentimento mútuo daqueles que compõem a comunidade”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p.82.

¹⁸¹⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 70.

O **Poder Legislativo** seria o **soberano** do Estado e teria “competência para prescrever segundo que procedimentos a força civil deveria ser empregada para preservar a comunidade e seus membros”.¹⁸¹⁸ Não haveria necessidade do Poder Legislativo estar em funcionamento permanente. Diante da fragilidade humana e da tentação de ascender ao Poder, os detentores do Poder de legislar *não* poderiam exercer o Poder de *executar* as leis, pois essas pessoas poderiam se furtar à obediência da lei que fizeram, adequar elas a sua vontade, tanto no momento de as editar como de as executar, acarretando interesses distintos daqueles do restante da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas sociedades bem organizadas, o Poder Legislativo é confiado a *várias pessoas*, que se reúnem como e quando devem estando habilitas a legislar, separando-se em seguida e permanecendo sujeitadas às leis que fizeram, estabelecendo um vínculo de proximidade com elas, garantindo que as leis objetivem o bem comum^{1819, 1820}

Em continuação, Locke afirma que, se as leis são elaboradas em um instante e em um tempo muito breve mas permanecem em vigor de modo permanente e durável, é indispensável que se assegure a sua execução sem descontinuidade, tarefa conferida de forma *perene* ao Poder **Executivo**, que deve ficar **separado** do **Legislativo**^{1821, 1822}

Enquanto ao Poder **Executivo** caberia a execução das leis internas da

¹⁸¹⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 74.

¹⁸¹⁹ “Supõe-se, também neste caso, que o legislativo é composto de várias pessoas (pois se fosse uma única pessoa, não podia ser permanente, e por isso, sendo supremo, teria naturalmente o poder executivo supremo e também o legislativo) que podem se reunir e legislar nas ocasiões determinadas por sua constituição fundamental, na data que elas isoladamente fixarem ou ainda quando melhor lhes parecer, no caso de não haver uma data predeterminada para isso ou outra forma prescrita de convocá-lo”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 77.

¹⁸²⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 74/5.

¹⁸²¹ “Não é necessário nem mesmo conveniente, que o poder legislativo seja permanente. Mas a existência do poder executivo é absolutamente necessária, pois nem sempre há a necessidade de serem feitas novas leis, mas é sempre necessária a aplicação das leis existentes. Mesmo que o poder legislativo deposite em outras mãos a execução das leis por ele feitas, ainda mantém o poder de retomá-lo em caso de necessidade e de punir uma administração ilegal. O mesmo ocorre com o poder federativo, que, juntamente com o executivo, é auxiliar e subordinado ao legislativo; este, como já mostramos, é o poder supremo em uma comunidade civil organizada”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 77.

¹⁸²² LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 75.

sociedade, ao Poder **federativo**¹⁸²³, terceiro Poder apontado por Locke, implicaria a administração da segurança e do interesse público externo, “fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”. O Poder federativo se curvaria com muito menos facilidade à direção de leis preexistentes, permanentes e positivas, devendo ficar a cargo da prudência e sabedoria daqueles a quem foi confiado, para que eles possam exercer de modo discricionário com o melhor de suas respectivas habilidades para o benefício da comunidade.¹⁸²⁴ E muito embora haja diferença entre o *Executivo* e o *federativo*, em regra esses Poderes estariam sempre *unidos*, podendo ser exercidos ao mesmo tempo por uma *mesma pessoa*, mantendo a ordem exigida.¹⁸²⁵

De todo modo, sobre a hierarquia entre os poderes, Locke afirma que, enquanto o governo subsistir, o **Legislativo** é o **Poder supremo** do Estado, “pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior”, de modo a “impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão”, situação que impõe a todos os demais poderes, pertencentes eles a uma subdivisão da sociedade ou mesmo a qualquer de seus membros¹⁸²⁶, “derivam dele e lhe são subordinados”.¹⁸²⁷

Em todo esse contexto, Locke desenvolveu uma espécie de **controle** do

¹⁸²³ "Locke denomina o primeiro de 'poder federativo' e de 'prerrogativa aquela espécie de poder discricionário, composto de todos os poderes remanescentes ou eventuais que o príncipe possa exercer em benefício da realização do bem comum, como, aliás, ocorria nos primórdios dos governos". RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p.101.

¹⁸²⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 75.

¹⁸²⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 75/6.

¹⁸²⁶ “Quanto aos outros poderes ministeriais e subordinados de uma comunidade civil, nem precisamos falar a respeito, pois eles se multiplicam com uma variedade tão infinita nos diferentes costumes e constituições de comunidades civis distintas, que é impossível a referência individual a todos eles. No que lhes diz respeito, basta destacar uma única característica, essencial para o nosso propósito, ou seja, que nenhuma dentre elas se estenda além da competência que lhe foi delegada em virtude de uma concessão e um mandato expressos e todas devem prestar contas a algum outro poder na comunidade civil”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 77.

¹⁸²⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 76.

Poder Executivo sobre o Legislativo que denominou de “**prerrogativa**”¹⁸²⁸, consistente¹⁸²⁹ no Poder de *reunir* e *destituir* o Legislativo e na tomada de decisões discricionárias de acordo com o “bom-senso” no interesse do bem público, na ausência de um dispositivo legal ou até mesmo em contrariedade ao preceito positivado, o que não significa superioridade daquele sobre este – ao contrário, conforme anteriormente apontado –, mas sim uma “missão de confiança da qual ele é encarregado para garantir a segurança das pessoas em um caso em que a incerteza e a mutabilidade dos problemas humanos não podem se acomodar dentro de uma regra fixada” em leis imperativas e estanques.¹⁸³⁰

Essa necessidade se deve ao fato dos Poderes estarem depositados em mãos distintas e o bem da sociedade exigir que algumas situações fiquem a cargo do discernimento do detentor do Poder Executivo, os legisladores serem incapazes de prever e prover leis para tudo o que acontece em sociedade, assim como a urgência exigida por determinadas questões que não poderiam aguardar a morosidade da lei.¹⁸³¹

Dessa forma, a estrutura delineada por Locke para o estabelecimento dos poderes do Estado contempla apenas **dois**¹⁸³² órgãos daqueles encontrados na

¹⁸²⁸ “Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. Em alguns governos, o poder encarregado de legislar não existe permanentemente, e em geral é exercido por muitos e é muito lento em vista da celeridade exigida na execução; além disso, como também é impossível prever e, portanto, ter um provimento de leis para atender a todos os acidentes e todas as urgências que podem dizer respeito aos negócios públicos, ou fazer leis que jamais se arrisquem a ser nefastas se aplicadas com um rigor inflexível, em todas as circunstâncias, a todas as pessoas que entram em seu campo de aplicação, o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos na lei”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 79-80.

¹⁸²⁹ “Na Inglaterra, o poder de convocar os parlamentos, assim como determinar sua data, local e duração, é certamente uma prerrogativa do rei, mas ainda com esta confiança de que ele será exercido para o bem da nação, como assim o requererem as exigências do momento e a diversidade das circunstâncias; como é impossível prever quais seriam o local e a época mais adequados para reuni-los, sua escolha foi deixada a cargo do poder executivo, do modo mais proveitoso ao bem público e mais conveniente aos objetivos dos parlamentos”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 81.

¹⁸³⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 78/9

¹⁸³¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 80

¹⁸³² “A bipartição de poderes foi implantada na Inglaterra, influenciada pelos fatos políticos existentes desde o século XIII e pela doutrina de John Locke”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1278.

divisão tripartite clássica: o Poder **Legislativo**, supremo, dividido em *câmara alta* e *câmara baixa*, que se reuniriam apenas quando necessário; e o Poder **Executivo**, ocupado hereditariamente por um monarca, no qual também estaria depositado o Poder *federativo* – e a *prerrogativa*.¹⁸³³ Esses Poderes deveriam obedecer aos estritos termos da lei, sob pena de se transmudarem em tirania – “onde termina a lei começa a tirania”¹⁸³⁴.

Na concepção de Locke o **Judiciário**¹⁸³⁵ não seria um Poder aos moldes do Legislativo e Executivo – e federativo –, mas sim uma *atividade* desenvolvida de maneira subordinada em uma comunidade civil, de acordo com uma característica básica e essencial ao propósito por ele indicado, qual seja, que nenhuma atuação pública “se estenda além da competência que lhe foi delegada em virtude de uma concessão e um mandato expressos e todas devem prestar contas a algum outro poder na comunidade civil”¹⁸³⁶.

¹⁸³³ “Vamos supor, então, que o legislativo tenha sido confiado à decisão de três pessoas distintas: 1) Um personagem hereditário único, detentor do poder executivo permanente e supremo, e também com o poder de convocar e dissolver os outros dois em momentos determinados, 2) Uma assembléia da nobreza hereditária, 3) Uma assembléia de representantes escolhidos pro tempore pelo povo. Supondo-se tal forma de governo, é evidente”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 94.

¹⁸³⁴ “Assim como a usurpação consiste em exercer um poder a que um outro tem direito, a tirania consiste em exercer o poder além do direito legítimo, o que a ninguém poderia ser permitido. É isto que ocorre cada vez que alguém faz uso do poder que detém, não para o bem daqueles sobre os quais ele o exerce, mas para sua vantagem pessoal e particular; quando o governante, mesmo autorizado, governa segundo sua vontade, e não segundo as leis, e suas ordens e ações não são dirigidas à preservação das propriedades de seu povo, mas à satisfação de sua própria ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular. [...] Onde termina a lei começa a tirania, desde que a lei seja transgredida em prejuízo de alguém. Toda pessoa investida de uma autoridade que excede o poder a ele conferido pela lei, e faz uso da força que tem sob seu comando para atingir o súdito com aquilo que a lei não permite, deixa de ser um magistrado”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 90.

¹⁸³⁵ “Verifica-se que Locke não trata o Poder Judiciário como ‘poder genuíno’ (BOBBIO, 1997, p. 232). Cita algumas situações de litígio, mas não assinala o Poder Judiciário como apaziguador dessas situações”. PELICIONI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. p. 25.

¹⁸³⁶ “Quanto aos outros poderes ministeriais e subordinados de uma comunidade civil, nem precisamos falar a respeito, pois eles se multiplicam com uma variedade tão infinita nos diferentes costumes e constituições de comunidades civis distintas, que é impossível a referência individual a todos eles. No que lhes diz respeito, basta destacar uma única característica, essencial para o nosso propósito, ou seja, que nenhuma dentre elas se estenda além da competência que lhe foi delegada em virtude de uma concessão e um mandato expressos e todas devem prestar contas a algum outro poder na comunidade civil”. LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 77.

Sem embargo, apesar da **divisão** orgânica de **poderes**, adornados cada qual com sua função – separação funcional –, o **objetivo** não era exatamente trazer equilíbrio ao Estado, mas sim implementar a ideia de **subordinação do monarca ao parlamento**, fruto das revoluções liberais típicas do período pré-moderno na luta contra o absolutismo¹⁸³⁷, cujo cerne da filosofia lockeniana consiste, dessa forma, na “decomposição e no enfraquecimento da soberania absoluta do monarca (*summa potestas*¹⁸³⁸). Assim, o poder do rei, que antes concentrava as funções executiva, legislativa e jurisdicional, restringiu-se agora ao poder executivo”¹⁸³⁹.

7.2.5 Montesquieu

“Charles Louis de Secondat”, filho do abastado De Secondat, nasceu na França em 1689, e entre seus padrinhos de batismo estava um mendigo, que fora escolhido para que ele considerasse em sua vida os pobres como seus irmãos. Passou a infância no sudoeste da França; aos onze anos de idade foi enviado ao norte, para estudar em um colégio de padres; deixou o colégio aos vinte e dois anos, para estudar direito. Quando seu pai morreu, seu tio, Barão de Montesquieu, tornou-se seu tutor. Charles casou, teve filhos, e pouco tempo depois seu tio morreu. Charles herdou a propriedade e o título de barão. Entre o espólio estava o cargo de *presidente a mortier* do Parlamento de Bordéus, um lucrativo cargo venal que possuía grande dignidade, com funções judiciais, administrativas e legislativas, exercidas por ele durante doze anos, o que não lhe impediu de concomitantemente

¹⁸³⁷ “Para Bobbio (1997), a teoria de Locke nada tem a ver com a teoria da separação e do equilíbrio entre os poderes, mas de separação e de subordinação. É o que se depreende da afirmação de que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e de que as “ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política” serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Legislativo”. PELICOLI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. p. 25.

¹⁸³⁸ “Para compreender em que sentido são tomadas as palavras ‘Estado’ e ‘Direito’ na consagrada expressão ‘Estado de Direito’, convém principiar lembrando que Estado e Direito são fenômenos sociais, voltados à organização da vida em sociedade, que têm em comum a referência ao poder. No Estado, o poder se manifesta em sua atividade política de coordenação de grupos e indivíduos, em sua condição de *summa potestas*, de titular da soberania, detentor do poder coercitivo e elaborador do Direito. No Direito, o poder se expressa tanto no momento da elaboração quanto no da aplicação da ordem normativa, imposta coercitivamente para garantir direitos e solucionar conflitos sociais, inclusive no que diz respeito à limitação do poder”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. p. 207/8.

¹⁸³⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1275.

frequentar a Academia de Bordéus.¹⁸⁴⁰

Montesquieu escreveu três grandes obras: a primeira delas, denominada “Cartas Persas”, reunia “sátiras eróticas e bem-feitas sobre o governo, os costumes, a moral e as práticas religiosas”, com grande repercussão em Paris, o que oportunizou a ele ser tratado como celebridade e fazer amizades com intelectuais, além de lhe render fama de brincalhão; foi indicado a membro da Academia de Paris, o que foi rejeitado em um primeiro momento diante do fato de não ser ele morador daquela localidade. Posteriormente Montesquieu vendeu suas propriedades em Bordéus, alugou um apartamento em Paris e conseguiu a titulação.¹⁸⁴¹

Em 1728, aos trinta e nove anos de idade, empreendeu viagens ao exterior, passando mais da metade de seu tempo na Inglaterra. Retornando, viveu as duas décadas seguintes em Paris, quando escreveu sua segunda obra: “Causas da ascensão e queda de Roma”. Catorze anos mais tarde, editou sua obra “O Espírito das Leis”: submetida a um comitê formado por intelectuais amigos, por unanimidade foi aconselhado a não publicação. “A obra é indefinida, com frequência vaga, carecendo de método e crítica; muitas afirmações de fato não têm fundamento; muitas inferências são suposições”, disseram. Montesquieu não seguiu o conselho, sendo o “primeiro a abordar as ciências política e jurídica como ciência de observação”, tornando-se uma obra de referência fundamental para as democracias constitucionais, plantando sementes que brotaram relatividades modernas, substituindo antigos conceitos absolutos.¹⁸⁴²

O absolutismo monárquico, depois de adotar as reflexões de pensadores como Maquiavel, Bodin, Bossuet e Hobbes, “encarnando neles todos de modo prodigioso a primeira fase dialética de formação do Estado moderno”, foi sucumbindo aos poucos a partir das revoluções liberais. Da Revolução Gloriosa emergiu um novo Poder, “uma nova inteligência para a compreensão dos organismos sociais”, pautando a Inglaterra a filosofia política no século XVII e a

¹⁸⁴⁰ MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 156.

¹⁸⁴¹ MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 157.

¹⁸⁴² MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. p. 157.

França no século XVIII. Enquanto Locke consubstanciou a primeira crítica refutadora em desfavor do absolutismo, Montesquieu¹⁸⁴³ compôs o diálogo de “ideias com que o *Contrato Social* de Rousseau espargirá depois o sangue da Revolução”.¹⁸⁴⁴

Locke tinha por detrás de si uma revolução e sua máxima como pensador era ditar a teoria política que restituísse a paz de espírito inglesa que havia sido perdida ao expatriarem um rei, derrubando-lhe o trono e a dinastia. Montesquieu tinha como alvo uma França prostrada pelo absolutismo¹⁸⁴⁵ decadente, “quando havia mais sombras e cadafalsos do que glória e honra no poder pessoal do monarca de direito divino”. Apesar da divergência, em um ponto as duas teses são doutrinariamente as mesmas: “a **salvaguarda da liberdade**, o **extermínio da tirania**”, integrando-se por um eixo do mesmo pensamento político pautado por “regenerar¹⁸⁴⁶ a monarquia com o prestígio e os predicados da nobreza”.¹⁸⁴⁷

O “**Espírito das Leis**” pode ser considerada uma obra científica que **reclassificou** os modelos políticos de Estado notadamente a partir da delimitação das *atribuições* e individualização das respectivas *competências* de atuação¹⁸⁴⁸. Observando a *natureza e comparando as estruturas* constitutivas, Montesquieu

¹⁸⁴³ “Montesquieu vinga os nobres insubmissos, que foram raros; dá à burguesia as armas intelectuais da sociedade política edificada sobre as ruínas da monarquia absoluta; escreve para as gerações de amanhã o panfleto onde se cifra a mensagem de liberdade que ainda hoje todos os homens buscam, quando se apaga, a cada eclipse da ordem constitucional, a garantia dos direitos individuais”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 300.

¹⁸⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 273/4.

¹⁸⁴⁵ “Foi uma teoria que se fortaleceu como resposta às monarquias absolutistas europeias, máxime aquelas que existiram durante o Antigo Regime ou *Ancien Regime*, para os franceses. O ápice do absolutismo francês ocorreu no reinado de Luís XIV, conhecido como Rei Sol, monarquia que influenciou as outras monarquias de seu tempo”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1277.

¹⁸⁴⁶ “Dentro da história do pensamento, Montesquieu também ocupa posição paradoxal. Sua obra trata da questão do funcionamento dos regimes políticos, questão que ele encara dentro da ótica liberal, ambas problemáticas consideradas típicas de um período posterior. Além disso, Montesquieu é um membro da nobreza que, no entanto, não tem como objeto de reflexão política a restauração do poder de sua classe, mas sim como tirar partido de certas características do poder nos regimes monárquicos, para dotar de maior estabilidade os regimes que viriam a resultar das revoluções democráticas”. WEFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 113.

¹⁸⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 274. Sem negrito no original.

¹⁸⁴⁸ Capítulo 6 foi inspirado em John Locke. Montesquieu não inventou a teoria da separação entre os poderes, mas inseriu nela novos elementos anteriormente não previstos, particularmente com relação ao Judiciário. VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 83.

expôs três *formas de governo* consistentes na republicana, monárquica e despótica. E foi além, sustentando sua exposição acerca da teoria do Estado em uma teoria sobre as leis¹⁸⁴⁹, que até então eram pautadas sob uma égide divina e então foram observadas sob a perspectiva positivista¹⁸⁵⁰.

Montesquieu¹⁸⁵¹ desenvolveu sua doutrina a partir de bases distintas de seus antecessores – e também de Rousseau, que o sucede. Enquanto a teoria lastreada no pacto ou no contrato social se preocupou com a natureza do Poder político, e fundou nesta a estabilidade do Poder contra o risco do anarquismo ou do despotismo, Montesquieu constatou que a sociedade comporta uma imensa diversidade que não pode ser explicada somente pela *natureza* do Poder, devendo ser investigado, portanto, nessa busca pelo **equilíbrio**, não “a existência das instituições políticas propriamente ditas, mas sim a **maneira** como elas **funcionam**”.¹⁸⁵²

Montesquieu inaugura o capítulo onze da sua obra distinguindo as leis que formam a *liberdade política* em sua relação com a constituição daquelas

¹⁸⁴⁹ “Diminuir a obra de Montesquieu, tirando-lhe o merecimento precursor do estudo da lei em conexão com a parte concreta da vida social, com o campo dos fatos, os costumes, a constituição, o clima, a religião, o comércio, a geografia física e humana séria, sem dúvida, subtrair à glória do pensador um de seus títulos mais honrosos e deslembrar aquilo que na verdade mais alto ele estimulou ao batizar seu livro com o nome de *Espírito das Leis*”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 277.

¹⁸⁵⁰ “Até Montesquieu, a noção de lei compreendia três dimensões essencialmente ligadas à ideia de lei de Deus. As leis exprimiam também um dever-ser, na medida em que a ordem das coisas estava direcionada para uma finalidade divina. Finalmente, as leis tinham uma conotação de expressão da autoridade. As leis eram simultaneamente legítimas (porque expressão da autoridade), imutáveis (porque dentro da ordem das coisas) e ideais (porque visavam uma finalidade perfeita). [...] Com o conceito de lei, Montesquieu traz a política para fora do campo da teologia e da crônica, e a insere num campo propriamente teórico. Estabelece uma regra de imanência que incorpora a teoria política ao campo das ciências: as instituições políticas são regidas por leis que derivam das relações políticas. As leis que regem as instituições políticas, para Montesquieu, são relações entre as diversas classes em que se divide a população, as formas de organização econômica, as formas de distribuição do poder etc. Mas o objeto de Montesquieu não são as leis que regem as relações entre os homens em geral, mas as leis positivas, isto é, as leis e instituições criadas pelos homens para reger as relações entre os homens”. WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 114/5.

¹⁸⁵¹ “Finalmente, com MONTESQUIEU, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 297.

¹⁸⁵² WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. p. 116. Sem negrito no original.

formadas em relação ao *cidadão*.¹⁸⁵³ Enquanto esta última cuida do estilo de vida de uma sociedade desenvolvida especialmente a partir das leis, o *primeiro* trata da formulação da sua *teoria* da divisão orgânica¹⁸⁵⁴ entre os poderes – separação das funções – do Estado. Para Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”. A liberdade política só é encontrada em Estados moderados, mas nem sempre está presente nos Estados modernos, existindo somente quando não se **abusa** do Poder, tendência que todo homem possui quando não encontra **limites**. A busca de Montesquieu era, por meio de uma teoria de Estado, **preservar a liberdade** do cidadão, **dividindo** o “**poder político**, único conhecido na época”, em órgãos distintos^{1855, 1856}

¹⁸⁵³ “Não é suficiente ter tratado da liberdade política em sua relação com a constituição; ela deve ser mostrada em sua relação com o cidadão. Eu disse que, no primeiro caso, ela é formada por uma certa distribuição dos três poderes; mas, no segundo, deve ser considerada sob outra ideia. Consiste na segurança ou na opinião que se tem de sua segurança. Pode acontecer que a constituição seja livre e que o cidadão não o seja. O cidadão poderá ser livre e a constituição não o será. Nestes casos, a constituição será livre de direito, e não de fato; o cidadão será livre de fato, e não de direito. Somente a disposição das leis, e mesmo das leis fundamentais, forma a liberdade em sua relação com a constituição. Mas, na relação com o cidadão, costumes, maneiras, exemplos recebidos podem fazê-la nascer; e certas leis civis podem favorecê-la [...]” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 197.

¹⁸⁵⁴ “Desde Aristóteles reconhece-se que a função estatal é suscetível, em razão das diferenças que apresenta, de ser dividida num certo número de categorias, agrupando cada qual aqueles atos do Estado que apresentam, entre si, traços de uniformidade. O próprio Aristóteles já fixava em três essas categorias. Foi, no entanto, Montesquieu quem melhor sistematizou a chamada repartição dos poderes estatais. Não que Montesquieu tenha descoberto tais funções, ou as tenha proposto, já que estas funções são identificáveis em qualquer tipo de Estado, mas foi Montesquieu, e nisto está seu mérito, quem propôs um sistema de organização e funcionamento do poder estatal de modo que cada órgão desempenhasse uma atividade distinta, ao mesmo tempo em que a atividade de cada qual servisse de contenção da atividade de outro órgão. Assim, o grande mérito de Montesquieu foi ter afirmado que as diferentes atividades do Estado deveriam ser desenvolvidas por órgãos distintos e autônomos. Por conseguinte, Montesquieu foi quem propôs a divisão dos órgãos estatais em correspondência com a diversidade de atividades estatais. Em suma: o que Montesquieu fez foi propor uma divisão orgânica correspondente às atividades fundamentais do Estado”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p. 62.

¹⁸⁵⁵ “Aliás, a ideia da separação de poderes é contraditória, pois destruiria a unidade do poder estatal. Ademais, não se concilia com a noção de soberania, que, sendo una, por natureza, é incompatível com a noção de poderes divididos e separados. Portanto, a chamada divisão de poderes, na verdade, é divisão de órgãos ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado. Uma coisa é o Poder do Estado, uno e indivisível; outra coisa é a diversidade de funções, com a correspondente diversidade de órgãos. Concluindo, e resumindo, a separação de poderes é uma técnica para distribuir funções distintas entre órgãos relativamente separados. O poder é uno; as funções e os órgãos é que são distintos. Dados esses esclarecimentos, restaria uma questão nunca colocada pelos autores: qual a motivação profunda que teria levado Montesquieu a criar órgãos distintos para exercer o poder? A preocupação de Montesquieu era a defesa da liberdade contra o poder político, único conhecido na época. No entanto, para alcançar esse fim dividiu o exercício do poder entre as diferentes classes sociais (estamentos) que

Em sua concepção, partindo do modelo inglês¹⁸⁵⁷ e do ponto de vista **funcional – separação funcional** –, afirmou que em cada Estado existem três tipos de Poder: o primeiro deles é o **Legislativo**, em que o príncipe ou o magistrado cria leis temporárias ou permanentes e corrige ou anula aquelas feitas anteriormente. O segundo deles é o Poder **Executivo** das *coisas que dependem do direito das gentes*, responsável pela paz e pela guerra, enviar e receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões. O terceiro seria o Poder **Executivo** daquelas *coisas que dependem do direito civil*, responsável por castigar os crimes e julgar as querelas entre os particulares, podendo ser denominado simplesmente como Poder de julgar do Estado – ou contemporaneamente com “*Poder Judiciário*”.¹⁸⁵⁸

No tocante aos **órgãos** que exerceriam as funções de Poder – **divisão orgânica** –, o **Legislativo** observaria uma formatação *bicameral*, uma delas confiada ao corpo dos *nobres*¹⁸⁵⁹, de formação hereditária, e a outra ao corpo daqueles escolhidos para representar o *povo*, tendo cada uma delas suas assembleias próprias, com deliberações separadas, emitindo opiniões e defendendo interesses distintos.¹⁸⁶⁰ Estaria na edição das leis a sua maneira de impor limites aos outros Poderes.

O Poder **Executivo**, por sua vez, deveria estar sob o controle de um

constituíam a sociedade, única forma eficaz de impedir a opressão de uma classe por outra. Por outros termos, Montesquieu fez uma divisão política do exercício do poder. No entanto, a burguesia ao vencer a revolução abandonou a fórmula de Montesquieu e fez uma divisão puramente jurídica e formal do exercício do poder, ou seja, criou diferentes organizações (os Poderes do Estado), que passaram a ser ocupadas pela própria burguesia com sacrifício dos interesses das outras classes, sobretudo da classe trabalhadora, como acontece no Brasil”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p. 63.

¹⁸⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 166. Sem negrito no original.

¹⁸⁵⁷ “A par disso, e contribuindo bastante para que se desenvolvesse essa convicção, Montesquieu, em sua obra básica, *Do espírito das leis*, publicada em 1748, já apresentara a Constituição inglesa como a solução perfeita para a garantia da liberdade, aspiração máxima e comum dos diferentes segmentos sociais que participaram ativamente da Revolução Francesa”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 220.

¹⁸⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 167/8 – tratando da constituição da Inglaterra.

¹⁸⁵⁹ “O corpo dos nobres deve ser hereditário. Ele o é em primeiro lugar por sua natureza; e, aliás, é preciso que possua um grande interesse em conservar suas prerrogativas, odiosas por si mesmas, e que, num Estado livre, devem sempre estar em perigo”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

¹⁸⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

*monarca*¹⁸⁶¹, tendo em vista que essa parte do governo exigiria a execução das resoluções públicas cotidianas e a tomada de decisões rápidas em ações instantâneas, sendo mais bem administrada por apenas um do que por vários, ao contrário do que ocorreria com o Poder Legislativo, observado com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só.¹⁸⁶² É possível destacar, nessa senda, que, além da separação de poderes e a garantia da liberdade individual, a teoria busca também a eficiência das funções por meio da divisão orgânica.

Se não houvesse monarca e o Poder Executivo fosse confiado a um dos integrantes do Poder Legislativo, não haveria mais liberdade, porque dois poderes estariam unidos, imiscuindo as mesmas pessoas em distintas funções do Estado, alternado, por vezes, o local do assento, podendo participar tanto de um, quanto de outro Poder.¹⁸⁶³ O Poder Executivo imporia limites ao Legislativo cingindo as iniciativas legislativas; sem esse direito, o Legislativo seria despótico, pois teria a possibilidade de outorgar a si mesmo toda a forma de Poder, anulando os demais.¹⁸⁶⁴

Essa seria a fórmula constitucional essencial do governo, fundamentado em um Poder Legislativo¹⁸⁶⁵ composto por duas partes – bicameral –, uma prendendo a outra com a sua mútua faculdade de impedir, e ambas circunscritas ao Poder Executivo, que estará ele mesmo vinculado à normatização elaborada pelo

¹⁸⁶¹ "Para Montesquieu, a república é o regime de um passado em que as cidades reuniam um pequeno grupo de homens moderados pela própria natureza das coisas: uma certa igualdade de riqueza e de costumes ditada pela escassez. Com o desenvolvimento do comércio, o crescimento das populações e o aumento e a diversificação das riquezas ela se torna inviável: numa sociedade dividida em classes a virtude (cívica) não prospera". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 118.

¹⁸⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p.172.

¹⁸⁶³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 173.

¹⁸⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 174/5.

¹⁸⁶⁵ "Trata-se, portanto, de procurar, naquilo que confere estabilidade à monarquia, algo que possa substituir o efeito moderador que resultava do papel da nobreza. É com isso em mente que Montesquieu vai à Inglaterra, estudar *in loco* as bases constitucionais da liberdade, como ele diz. É a esse estudo que ele dedica uma das partes mais controvertidas do Espírito das leis. Trata-se de uma análise minuciosa da estrutura bicameral do Parlamento britânico - a Câmara Alta, constituída pela nobreza, e a Câmara dos Comuns, eleita por voto popular - e das funções dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 119.

Poder Legislativo.¹⁸⁶⁶

O Poder de julgar¹⁸⁶⁷ – **Judiciário** –, diferentemente dos outros dois, “porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral”, justamente por cuidar de casos concretos, não deveria ser concedido a um corpo permanente, mas sim para pessoas tiradas do seio do povo em determinados momentos do ano¹⁸⁶⁸, de acordo com as condições estabelecidas pela lei, para formar um tribunal que durasse o tempo necessário a determinados julgamentos. Assim, o Poder Judiciário, “como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, **invisível e nulo**. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados”.¹⁸⁶⁹

No entanto, conforme destacado por Montesquieu, enquanto os tribunais não deveriam ser fixos, os julgamentos, sim, observando estritamente o texto preciso da lei, sem margem interpretativa, pois se a decisão judicial consistisse na opinião particular de um juiz, a sociedade viveria sem saber com exatidão quais os compromissos públicos assumidos pelo Estado.¹⁸⁷⁰ Assim os **juízes** deveriam ser a mera “**boca** que pronuncia as palavras da **lei**; são **seres inanimados** que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 176.

¹⁸⁶⁷ “Ele não distingue o judiciário, e parece considerá-lo parte do executivo”. Explicação em nota de rodapé: “Parágrafos 143-148. Tem sido observado que mesmo em Montesquieu a separação dos poderes não está traçada com absoluta clareza, mas que ele tende, como Locke, a misturar o judiciário com o executivo. Cf. com J. Dedieu, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris, 1909, p. 179”. GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 12. Citação feita acima, mas repetida pois importante para a contextualização.

¹⁸⁶⁸ Citando um dos períodos romanos e o comparando com o sistema inglês daquela época: “Cada ano, o pretor estabelecia uma lista ou um quadro daqueles que escolhera para cumprir a função de juiz durante o ano de sua magistratura. Escolhia-se um número suficiente para cada questão. Pratica-se mais ou menos o mesmo na Inglaterra. E, o que era muito favorável à liberdade, o pretor escolhia os juízes segundo o consentimento das partes. O grande número de recusas que se pode fazer hoje na Inglaterra refere-se mais ou menos a este costume”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 190.

¹⁸⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 169. Sem negrito no original.

¹⁸⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 170.

¹⁸⁷¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 175. Sem negrito no original.

Então, dos três poderes tratados, tendo em vista que o de julgar “é, de alguma forma, nulo”, restariam apenas os outros dois e, “como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito” – a câmara dos **nobres** exerceria, assim, uma *espécie* de “*poder moderador*”.¹⁸⁷² E, não obstante Montesquieu afirmar que o Poder de julgar não deveria estar unido de nenhuma maneira ao Poder Legislativo, ele apontou três exceções, fundadas no interesse particular de quem estivesse sendo julgado.¹⁸⁷³

A *primeira exceção* consistiria em uma espécie de foro privilegiado em razão do *status* social da nobreza. Registrou Montesquieu que os grandes estão sempre expostos à inveja e se fossem julgados de acordo com os comuns pelo povo poderiam estar em perigo, e não conseguiriam usufruir do direito de ser julgado por seus pares, direito a ser garantido a qualquer cidadão. Por isso, os nobres deveriam ser julgados pelo corpo legislativo composto pelos nobres, e não pelos tribunais ordinários.¹⁸⁷⁴

A *segunda* seria, no uso da autoridade suprema do corpo legislativo composto pela nobreza, a possibilidade de contornar os efeitos práticos de uma lei rigorosa demais para ser aplicada em determinadas situações – apesar da lei ser “clarividente e cega”, sendo despicienda qualquer espécie de interpretação, segundo contraditoriamente delineou o próprio Montesquieu ao afirmar ser o Judiciário um Poder nulo – diante do fato dos juízes serem inanimados e limitados a reproduzirem simplesmente as palavras da lei, sem capacidade hermenêutica ou possibilidade de ajustar o direito ao caso concreto.¹⁸⁷⁵

A *terceira* e última exceção consistiria no julgamento de algum cidadão, nos negócios públicos, que violasse direitos do povo cometendo crimes que os

original.

¹⁸⁷² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

¹⁸⁷³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 174.

¹⁸⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 174/5.

¹⁸⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 175.

juízes não soubessem ou não quisessem castigar. Mesmo sendo vedado ao Poder Legislativo exercer o Poder de julgar, especialmente nessas hipóteses em que ele também faria o papel de acusador enquanto representante do povo – papel a ser exercido pela câmara baixa dos comuns –, teria ele que também julgar – pela câmara alta dos nobres –, para não precisar se rebaixar e atuar como acusador nos tribunais ordinários, que lhes são inferiores e compostos de pessoas do povo. Assim, atuaria como acusador o corpo Legislativo dos representantes do povo, e como julgador o corpo Legislativo composto pelos nobres.¹⁸⁷⁶

Dessa forma, Montesquieu, visivelmente *inspirado na constituição inglesa*, delineou a fórmula que revolucionou a estrutura do Estado moderno. Foi a partir da sua **sistematização** que as funções do Estado foram identificadas com maior precisão e divididas entre órgãos estatais, de maneira estanque e sem que um pudesse exercer a função do outro, ainda que com exceções – “interdependência”. É possível enxergar, sem embargo, que o controle do Poder estaria sedimentado nas competências constitucionais estabelecidas, assim como que o Judiciário não era considerado por ele como um Poder político¹⁸⁷⁷.

Na concepção de Montesquieu, apenas **Executivo** e **Legislativo** são **Poderes políticos** do Estado¹⁸⁷⁸, onde ambos vivem em uma balança à procura do equilíbrio por meio das faculdades¹⁸⁷⁹ de **impedir**, anulando ou tornando nula uma resolução tomada por quem quer que seja, e a de **estatuir**, consistente na possibilidade de um órgão constitucional controlar, limitar ou contrabalancear, por si

¹⁸⁷⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 175.

¹⁸⁷⁷ "Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

¹⁸⁷⁸ "São poderes essencialmente políticos o poder legislativo e o poder executivo. Já o poder judiciário é, segundo Montesquieu, de certo modo um poder nulo. Poderes políticos por excelência, vivem o executivo e o legislativo no sistema representativo um drama de equilíbrio, solicitando nas suas relações mútuas um conjunto de mecanismos constitucionais que impeçam a absorção de um pelo outro, em ordem a torná-los efetivamente separados e harmônicos entre si. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 298.

¹⁸⁷⁹ "Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem; o que era o poder dos tribunos de Roma. E ainda que aquele que possua a faculdade de impedir também possa ter o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 172.

mesmo, o Poder do outro órgão¹⁸⁸⁰ – em um sistema de freios e contrapesos¹⁸⁸¹, no exercício de funções atípicas voltadas à harmonia e liberdade do cidadão, distante, porém, na visão de Montesquieu, do alcance do Poder **Judiciário**.¹⁸⁸²

É importante destacar, nesse contexto, conforme exposto anteriormente e também para ilustrar as proposições existentes na presente pesquisa, que a atividade administrativa e burocrática estatal daquela época estava praticamente restrita à apuração de crimes e manutenção da ordem pública, cobrança de impostos e defesa militar do Estado. O Estado não era assistencialista e não prestava serviços públicos, exatamente aos moldes do liberalismo que formatou as primeiras etapas evolutivas do Estado constitucional, e a complexidade da sociedade estava pautada meramente pela intensidade do comércio, cujas relações eram eminentemente privadas^{1883, 1884}.

Por isso, na teoria de Montesquieu o **controle** dessas poucas **atividades**

¹⁸⁸⁰ “Admitiu nesses poderes duas faculdades: a de impedir e a de estatuir. Consiste a faculdade de estatuir em ordenar por si mesmo ou corrigir o que há sido ordenado por outrem. A faculdade de impedir compreende o direito de anular uma resolução”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 298/9.

¹⁸⁸¹ “Para evitar que um Poder se sobreponha aos demais, bem como para induzir a cooperação entre órgãos distintos, é necessária uma maneira de equilibrá-los. O método encontrado foi o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). A origem é atribuída a Montesquieu, que no clássico *O Espírito das Leis* afirmou: ‘Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas’. Os freios e contrapesos permitem que um órgão limite a atuação dos outros, interferindo na sua composição (por exemplo, na participação do Poder Executivo e Legislativo na composição dos Tribunais Superiores) ou funcionamento (como, por exemplo, no veto presidencial a projetos de lei do parlamento). [...] Assim, o sistema de freios e contrapesos consiste na interferência permitida pela própria Constituição de um Poder sobre o outro. Assim, trata-se de uma interferência, de uma fiscalização recíproca entre os Poderes, de modo a que um não se sobreponha aos demais”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1293/4.

¹⁸⁸² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. p. 111.

¹⁸⁸³ Nota-se, pela descrição de Montesquieu, reafirmando Platão, que a complexidade do arcabouço estatal deriva em grande parte do comércio, limitado naquela época aos conflitos privados originados no direito civil, incomparável com os dias atuais: “Platão diz que numa cidade onde não há comércio marítimo se precisa da metade das leis civis; e isto é bem verdade. O comércio introduz no mesmo país diferentes tipos de povos, um grande número de convenções, de espécies de bens e de maneiras de adquiri-los. Assim, numa cidade comerciante, há menos juízes e mais leis”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 355.

¹⁸⁸⁴ “Foi longo o caminho que se teve de percorrer até chegar, finalmente, na Europa da Idade Moderna, à garantia jurídica por meio da organização estatal com uma numerosa burocracia. Até esse momento foi necessário deixar-se à sociedade não organizada um curso mais ou menos livre e permitir que a validade do Direito dependesse de organizações extra-estatais, de um lado, e, de outro, da conduta real dos membros da comunidade jurídica”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 309.

administrativas públicas, acompanhando a praxe da concentração das funções públicas no monarca e “pela natureza da coisa”, foi atribuído, em regra, ao chefe do Poder Executivo, de modo **pessoalizado**¹⁸⁸⁵. Essa burocracia existente **não** foi disciplinada na obra de Montesquieu, pois são atividades **desprovidas** de **Poder político** do Estado e em razão disso **não** entram na separação de poderes como forma de resguardar a liberdade e evitar a tirania. São atividades que podem ser utilizadas como instrumento político através do dirigismo, mas **não** possuem, por si só, Poder político – capacidade de **impedir** e **estatuir**.

7.2.6 Estados Unidos

Sob a influência¹⁸⁸⁶ de Montesquieu¹⁸⁸⁷ os colonos ingleses estabelecidos nos Estados Unidos positivaram pela primeira vez, em 1776, o primado da separação de poderes de modo tripartite na **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**¹⁸⁸⁸, uma das treze colônias inglesas daquela época, aduzindo, no seu artigo V, “que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados”, e que os Poderes Legislativo e Executivo deveriam ter seus cargos preenchidos por eleição, e não de maneira hereditária como ocorria no continente europeu.¹⁸⁸⁹ Com forte cunho iluminista e contratualista, precedeu a **Declaração de**

¹⁸⁸⁵ “Uma vez estabelecido o exército, ele não deve depender imediatamente do corpo legislativo, e sim do poder executivo, e isto pela natureza da coisa, consistindo sua atribuição mais em ação do que em deliberação”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 177.

¹⁸⁸⁶ “A tripartição de poderes foi influenciada pela obra de Montesquieu, publicada em 1748: O Espírito das Leis. Esse modelo foi difundido graças à Constituição norte-americana, de 1787, e a Constituição francesa, de 1791, acima comentadas. A doutrina menciona o tamanho da influência da teoria do barão francês: ‘somente no século XVIII, porém, Montesquieu, autor da obra famosa O Espírito das Leis (1748), que alcançou 22 edições em 18 meses, sistematizou o princípio com profunda intuição. Coube-lhe a glória de erigir as divagações filosóficas de seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais’”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1278.

¹⁸⁸⁷ “O axioma de Montesquieu teve profundo influxo no ânimo dos redatores da Declaração, os quais o incorporaram ao seu texto e depois o trasladaram para a Constituição de 3.9.1791”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 51.

¹⁸⁸⁸ “A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 155.

¹⁸⁸⁹ “Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados

Independência dos Estados Unidos.¹⁸⁹⁰

Foi, contudo, na primeira **Constituição**¹⁸⁹¹ dos Estados Unidos que a separação de poderes inaugurou uma nova etapa evolutiva¹⁸⁹². Buscando se *afastar do modelo de Estado europeu* daquele período histórico, os estadunidenses registraram em nível constitucional pela primeira vez a separação orgânica e a divisão funcional de poderes do Estado, atribuindo independência e equilíbrio entre eles.¹⁸⁹³

devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preenchem mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes), segundo disponham as leis." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia - 1776**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁸⁹⁰ "Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. Assim é que, já na Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, consta do parágrafo 5º 'que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário'. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 216.

¹⁸⁹¹ "A Constituição proposta defendia a criação de uma nova forma de governo, até então não experimentada por qualquer povo ou defendida por qualquer autor. Em 'O Federalista' é possível notar a dificuldade em nomear a forma de governo proposta. Conforme a define Madison, o idealizador desta inovação constitucional, ao final de 'O Federalista' n. 38, a Constituição proposta não é estritamente nacional ou federal, mas uma composição de ambos os princípios. O termo federal, como nomeamos hoje esta forma de governo, era, até este momento, sinônimo de confederação. A distinção está no ponto assinalado por Hamilton; enquanto em uma confederação o governo central só se relaciona com Estados, cuja soberania interna permanece intacta, em uma Federação esta ação se estende aos indivíduos, fazendo com que convivam dois entes estatais de estatura diversa, com a órbita de ação dos Estados definida pela Constituição da União". WEFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 248.

¹⁸⁹² "Assim, a primeira Constituição escrita de um estado moderno surge com a função de limitar e controlar o processo democrático, fundando um novo ordenamento jurídico. O poder constituinte, que antes se expressara como revolução, agora serviria para legitimar a organização do poder constituído, e justificar a supremacia da Constituição face às demais leis. Neste ponto, Griffin encontra a grande inovação do constitucionalismo americano. Pela primeira vez na história a organização do poder político é descrita num documento escrito, uma lei, que, ao mesmo tempo, é lei fundamental, superior a todas as demais leis. A teoria do poder constituinte é elaborada para justificar este status especial da Constituição no ápice do ordenamento jurídico". STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison**: o nascimento do *judicial review* como artifício político. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758. p. 193-212. p. 201.

¹⁸⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 9 maio 2020.

Em seu primeiro artigo, a Constituição afirma que “todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado¹⁸⁹⁴ e de uma Câmara de Representantes”, delineando, dessa forma, o **Poder Legislativo**, bicameral, com representantes do povo em uma delas, e dos Estados confederados na outra – sem a divisão por classe social: “comuns” ou “nobres”.

O **Poder Executivo** emerge no artigo segundo, e “será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América”, cujo “mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice-Presidente, escolhido para igual período”, abandonando, assim, a monarquia como forma de governo.

O artigo terceiro disciplina um **Judiciário** muito diferente daqueles desenhados por Locke e Montesquieu, situado, ali, como um *verdadeiro Poder do Estado*, de nenhuma forma nulo e com competências bastante definidas¹⁸⁹⁵, “investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso”, com cargos ocupados por juízes dotados de *independência financeira*¹⁸⁹⁶.

Nesse contexto, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, cidadãos nova-iorquinos daquela época, publicaram a obra “**O Federalista**”¹⁸⁹⁷,

¹⁸⁹⁴ Os Estados do sul, escravagistas, impuseram aos Estados do norte, abolicionistas, “como condição para continuarem juntos, que fosse criada uma Câmara Revisora, em que todos os Estados tivessem igual número de representantes e cuja aprovação seria necessária para que uma decisão da Câmara de representantes tivesse força de lei. E assim foi criado o Legislativo bicameral, podendo-se afirmar que o Senado foi criado para impedir a abolição da escravidão, o que foi possível durante oitenta anos”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 263.

¹⁸⁹⁵ “Seção 2: A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade [...]”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787**.

¹⁸⁹⁶ “Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787**.

¹⁸⁹⁷ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. Segundo tomo. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. Sem indicação de tradutor. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em: 9 maio 2020.

composta por uma série de oitenta e cinco artigos anteriormente divulgados e então reunidos, destinados a expor argumentação¹⁸⁹⁸ para ratificar a Constituição dos Estados Unidos, e, por consequência, também a tripartição entre os poderes do Estado.¹⁸⁹⁹

Além da neonata forma de governo republicano e federalista, impulsionado aos moldes iluministas liberais, os artigos trataram da separação dos poderes, especialmente entre os capítulos XLVII e LI, de onde se extrai¹⁹⁰⁰ que, na concepção dos autores, inexistia verdade política de maior valor intrínseco, ou sustentada por melhor autoridade, do que aquela em que esta objeção se funda: a *acumulação*¹⁹⁰¹ dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo ou uma só corporação, seja de caráter hereditário, conquista ou eleição, constitui necessariamente a *tiranía*.¹⁹⁰²

Examinando primeiro em que sentido é essencial à liberdade a separação dos poderes do Estado, o oráculo consultado em “O Federativo” foi *Montesquieu*. Segundo Madison, sendo ele o autor ou não da inestimável teoria, certo é que foi ele quem melhor a desenvolveu e a recomendou de uma maneira mais efetiva. Mas

¹⁸⁹⁸ "Trata-se de um recurso de argumentação utilizado para justificar a necessidade de criação do Estado - um tema ao qual 'O Federalista' dedica, em verdade, pouca atenção - e do estabelecimento de controles bem definidos sobre os detentores do poder - o tema central de 'O Federalista'. Controlar os detentores do poder porque, como observa Madison, os homens não são governados por anjos, mas sim por outros homens, daí porque seja necessário controlá-los. [...] A limitação do poder, dada esta natureza intrínseca, só pode ser obtida pela contraposição a outro poder, isto é, o poder freando o poder. Neste ponto, 'O Federalista' se aproxima de Montesquieu.". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 249-250.

¹⁸⁹⁹ "Entre maio e setembro de 1787, reuniu-se em Filadélfia a Convenção Federal que elaborou uma nova Constituição para os Estados Unidos, propondo que esta substituisse os Artigos da Confederação, firmados em 1781, logo após a independência. 'O Federalista' é fruto da reunião de uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York em 1788, com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição pelos Estados. Obra conjunta de três autores, Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1859), os artigos eram assinados por Publius". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 245.

¹⁹⁰⁰ Texto que segue extraído de: HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 185 a 215.

¹⁹⁰¹ "De fato, a separação dos Poderes era uma preocupação do constituinte norte-americano, tanto que Madison escreveu em um dos artigos de O Federalista: 'a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos, ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constituiu a própria definição de tirania". MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1276/7.

¹⁹⁰² HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 186.

apesar da influência de Montesquieu, os estadunidenses não concordavam com as referências feitas por ele sobre a constituição da Inglaterra¹⁹⁰³ como padrão a ser seguido no tocante à formatação dos poderes. Ao contrário.¹⁹⁰⁴

Conforme exposto por Madison, Montesquieu tinha como verdadeiro modelo de liberdade política a *Constituição inglesa*¹⁹⁰⁵, sobre a qual o mais ligeiro exame indica que, contudo, os três poderes *não* se acham naquele documento inteiramente distintos e separados, havendo uma divisão *bipartite*, e não tripartite. Naquela Constituição, não obstante, há, de certa maneira, um entrelaçamento entre as funções: o Executivo forma parte do Legislativo; a prerrogativa de fazer tratados pertence ao primeiro Poder, com força de ato legislativo. Os juízes são nomeados pelo Legislativo e estão estreitamente unidos com o corpo legislativo que muitas vezes toma parte em suas deliberações.¹⁹⁰⁶

A teoria da separação de poderes proposta por Montesquieu foi formulada a partir da ideia de um "*governo misto*", sobre o qual, no século XVIII, a Inglaterra era tida como modelo ideal, preceituando que, quando as funções de governo estão distribuídas por diferentes grupos sociais, consistente na realeza, nobreza e povo, o exercício do Poder deixaria de ser exclusividade de qualquer um dos grupos, forçando-os à colaboração, aprimorando a convivência civil e mantendo, por consequência, a liberdade. O governo misto, no entanto, não poderia se confundir com a separação de poderes, *inexistindo* nele, pois, a *separação horizontal das funções executiva, legislativa e judiciária em órgãos distintos e autônomos*. A correspondência entre governo misto e separação de poderes poderia se dar, assim,

¹⁹⁰³ "Vale ressaltar, entretanto, que seria curioso buscar a separação e independência entre legislativo e executivo justamente no regime britânico. Montesquieu ressalta, aliás, a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas. Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente. A equipotência, ou equivalência dos poderes também é refutada implicitamente por Montesquieu, quando afirma que o judiciário é um poder nulo, 'os juízes (são)... a boca que pronuncia as palavras da lei'. WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 119.

¹⁹⁰⁴ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 186.

¹⁹⁰⁵ "Não é da minha alçada examinar se os ingleses gozam atualmente desta liberdade ou não. Para mim é suficiente dizer que ela está estabelecida por suas leis, e não vou além" MONTESQUIEU. **O Espíritos das Leis**. p. 178 – demonstração da influência de Locke e da constituição inglesa sobre Montesquieu.

¹⁹⁰⁶ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 187.

apenas *ocasionalmente*, desde que cada força social exerça distintamente cada uma das funções, e essa ideia, da separação “acidental” apresentada pelo “governo misto”, não era uma solução buscada pelos Estados Unidos.¹⁹⁰⁷

Portanto, tendo em vista que esses fatos foram o norteamento de Montesquieu para estabelecer o princípio da separação, Madison conclui que Montesquieu não quis prescrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros. O que quis dizer¹⁹⁰⁸ foi que quando dois poderes, em toda a sua plenitude, estão concentrados em uma só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos, vício que não se depreende, porém, quando se admite a possibilidade da participação de uma função do Estado em outra, “demonstrando que o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três Poderes¹⁹⁰⁹”.¹⁹¹⁰

Por isso, como aduz Madison, alguém investido em um dos três poderes não deve exercitar diretamente e em sua plenitude nenhum dos outros dois, assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre outro influência preponderante, pois como todo Poder tende naturalmente a se estender, é preciso impor barreiras para impedir que ultrapasse os limites que lhes são conferidos. Separados os poderes, a questão nefrágica é defende-los na prática das suas *usurpações recíprocas*.¹⁹¹¹

Registrou Hamilton, por sua vez, como o Poder Legislativo é o único que

¹⁹⁰⁷ WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 250.

¹⁹⁰⁸ “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares” MONTESQUEIU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. p. 165

¹⁹⁰⁹ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 196.

¹⁹¹⁰ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 188.

¹⁹¹¹ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 196.

pode achar o caminho para as nuances do povo, tendo, ainda, em algumas constituições poderes ilimitados, e grande influência sobre o estabelecimento da remuneração dos agentes integrantes dos outros poderes, que é necessária a manutenção dos outros poderes – Executivo e Judiciário – para que se limitem as possibilidades de usurpação notadamente dele advindas – Legislativo.¹⁹¹² Se o excesso de influência do Legislativo exige que ele seja assim dividido de modo bicameral¹⁹¹³, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, determina que então ele seja fortificado – assim como o Judiciário¹⁹¹⁴. São instrumentos práticos que sustentam a teoria constitucional.¹⁹¹⁵

A manutenção da separação dos poderes do Estado institui, por isso, de acordo com a preceituação de Hamilton, a conservação da liberdade, e para tanto é imperioso que cada um dos poderes detenha vontade própria e, por consequência, esteja organizado de um modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários sobre os outros poderes¹⁹¹⁶. Em

¹⁹¹² "Todos os poderes do governo, tanto o legislativo como o executivo e o judiciário, ainda que separados de direito, vem a cair de fato nas mãos do corpo legislativo. A concentração dos três poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição do governo despótico. Que eles sejam exercitados por muitas pessoas, ou por uma somente, importa pouco ou nada; e a primeira hipótese é ainda pior; porque déspotas hão de oprimir mais do que um só. [...] Tão pouco pode importar que sejam da nossa escolha aqueles que assim exercitam esta promiscuidade de poderes. Não foi para termos um despotismo eletivo que nós pelejamos tantas batalhas; mas para ter um governo, não somente fundado em princípios livres, senão tal que os poderes do governo estejam de tal maneira divididos e contrabalanceados entre os diferentes corpos de magistratura, que nenhum possa transgredir os seus limites legais, sem que os outros efetivamente o reprimirão e os restringirão. HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 200

¹⁹¹³ "Para cada governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade. Em uma monarquia, tais ameaças partem do executivo, enquanto para as repúblicas, o legislativo se constitui na maior ameaça à liberdade, já que é a origem de todos os poderes e, em tese, pode alterar as leis que regem o comportamento dos outros ramos de poder. Daí porque sejam necessárias medidas adicionais para frear o seu poder. A instituição do Senado é defendida com este fim, uma segunda câmara legislativa composta a partir de princípios diversos daqueles presentes na formação da Câmara dos Deputados, sendo previsível que a ação de uma leve à moderação da outra". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 250.

¹⁹¹⁴ "Outra forma de deter o poder legislativo se obtém pelo reforço dos outros poderes. O judiciário, necessariamente o ramo mais fraco porque destituído de poder de iniciativa, merece cuidados especiais para que sua autonomia seja garantida. Este é um ponto defendido com ênfase por Hamilton, que chega, em passagens de 'O Federalista' n. 78, a atribuir à Corte Suprema o poder de interpretação final sobre o significado de Constituição". WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". p. 251/2.

¹⁹¹⁵ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 190.

¹⁹¹⁶ "É igualmente evidente que os funcionários públicos, encarregados do exercício de cada um dos poderes, devem ser tão independentes, como seja possível, dos que exercitam os outros, quanto aos emolumentos dos seus empregos. Se o magistrado executivo ou os juízes ficassem neste artigo

razão disso, as *nomeações para os Poderes Executivo e Judiciário* deveriam advir do *povo*, real detentor de todo o Poder e fonte primitiva da autoridade, possibilitando, além da atuação dentro das competências constitucionais anteriormente definidas, a independência entre eles.¹⁹¹⁷

Foi dessa maneira que o modelo estadunidense de **freios e contrapesos** avançou em relação aos ensinamentos de Montesquieu, inserindo a teoria dele em um sistema constitucional tripartite, com **igualdade e independência** entre os poderes de Estado, o que até então não se vislumbrava em sua plenitude diante da qualificação do *Judiciário* como um *Poder nulo* – ou da preponderância do Legislativo sobre Executivo e a desqualificação do Judiciário como Poder, conforme preceituou Locke.

Dessa forma, “o constituinte norte-americano fez uma divisão orgânica das funções estatais, mas não construiu as linhas gerais acerca do tema, o que, em razão do modelo jurídico da *common law*¹⁹¹⁸, ficaria a cargo da jurisprudência”.¹⁹¹⁹ E foi por meio da jurisprudência que o Judiciário exerceu pela primeira vez de modo efetivo o Poder político a ele conferido por meio da Constituição.

Nesse diapasão, a Suprema Corte estadunidense julgou o caso **Marbury vs. Madison**, enfrentando profundamente a temática, tornando-se *leading case*¹⁹²⁰, traçando, a partir de então, um novo panorama para a separação entre os poderes de Estado, ampliando – ou fazendo emergir – o “*check and balances*”¹⁹²¹ para

dependentes da legislatura, claro está que a sua independência a qualquer outro respeito seria inteiramente ilusória”. HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 217.

¹⁹¹⁷ HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. p. 216/7.

¹⁹¹⁸ “[...] a função jurisdicional tem outros contornos no sistema jurídico da *common law*, diferentes dos que a caracterizam na família romano-germânica do direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 223.

¹⁹¹⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1276.

¹⁹²⁰ “Por esse motivo, a separação dos Poderes, com a igual submissão dos três ramos do Poder, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, às limitações constitucionais, foi levada muito a sério. Um sinal bem significativo dessas preocupações é o fato de que a primeira grande decisão da Suprema Corte, de 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*, tinha como núcleo uma questão preliminar básica: a possibilidade jurídica de controle da constitucionalidade dos atos do Poder Executivo pelo Judiciário”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 120.

¹⁹²¹ “Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. [...] Em segundo lugar,

permitir o controle jurisdicional da atividade desenvolvida por Executivo e Legislativo, alçando o **Judiciário** ao patamar de verdadeiro **Poder político** do Estado, superando a concepção de ser a função jurisdicional meramente burocrática ou eminentemente privada, divergindo, nesse ponto, sobremaneira, daquilo preceituado por Montesquieu.¹⁹²²

Foi no ano de 1803, por meio da Suprema Corte, sob o auspício do John Marshall, presidente da corte – *chief justice* –, que se vislumbrou pela primeira vez o **judicial review**, autorizando o Poder Judiciário a exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos advindos dos demais poderes.¹⁹²³

A situação submetida à Jurisdição no presente julgamento contou com forte conotação política. Tratavam-se das eleições presidenciais dos Estados Unidos, disputadas entre os partidos Republicano e Federalista. Apesar do republicano Thomas Jefferson ter recebido a maioria dos votos e derrotado o então presidente federalista candidato à reeleição John Adams, ele não atingiu o coeficiente mínimo e a decisão final das eleições terminou na Câmara dos Representantes - Legislativo. Antes dessa decisão, Adams e o Congresso, com maioria federalista, aprovaram a lei conhecida como *circuit court act*, diminuindo o número de juízes da Suprema Corte e criando novos cargos de juiz federal.¹⁹²⁴

há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*check and balances*)". BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 29.

¹⁹²² U.S. SUPREME COURT. **Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 20 maio 2020.

¹⁹²³ "Assim, a primeira Constituição escrita de um estado moderno surge com a função de limitar e controlar o processo democrático, fundando um novo ordenamento jurídico. O poder constituinte, que antes se expressara como revolução, agora serviria para legitimar a organização do poder constituído, e justificar a supremacia da Constituição face às demais leis. Neste ponto, Griffin encontra a grande inovação do constitucionalismo americano. Pela primeira vez na história a organização do poder político é descrita num documento escrito, uma lei, que, ao mesmo tempo, é lei fundamental, superior a todas as demais leis. A teoria do poder constituinte é elaborada para justificar este status especial da Constituição no ápice do ordenamento jurídico". STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do judicial review como artifício político**. p. 193-212. p. 201.

¹⁹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

Além disso, houve autorização para que o presidente nomeasse outros quarenta juízes de paz – conhecidos em razão disso como *midnight judges* –, tudo isso em favor dos federalistas e para que, mesmo derrotados nas eleições presidenciais, pudessem continuar exercendo influência política por meio do Judiciário.¹⁹²⁵

Ocorre que John Marshall, secretário de Adams à época, não obteve tempo hábil necessário para realizar todas as investiduras dos juízes de paz antes da posse de Jefferson, que então determinou a James Madison, seu novo secretário, que não investisse os faltantes no cargo; dentre eles estava Malbury, que, sentindo-se prejudicado diante da negativa, ingressou com a ação judicial na Suprema Corte buscando a sua investidura.¹⁹²⁶

Nesse ínterim, o então secretário federalista John Marshall, que nunca havia sido juiz, foi alçado diretamente à Suprema Corte – ainda sob a presidência de Adams –, cabendo a ele a tarefa de presidir o julgamento que iria decidir se a Corte poderia ou não obrigar um integrante do Poder Executivo a investir o juiz no cargo. Assim foi que Marshall principiou desenvolvendo a tese de que não caberia controle sobre os atos do Executivo em duas hipóteses: quando fossem de natureza eminentemente política ou quando a lei outorgasse ao agente a exclusiva discricionariedade para a tomada de decisão.¹⁹²⁷ Não fossem essas duas hipóteses, “onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar o seu cumprimento”, sedimentando, com isso, a possibilidade do controle jurisdicional dos atos do Executivo, tanto sob o aspecto constitucional quanto legal.¹⁹²⁸

Mas o julgamento transcendeu a asseveração da possibilidade de

¹⁹²⁵ STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do *judicial review* como artifício político.** p. 208. p. 204/5.

¹⁹²⁶ STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do *judicial review* como artifício político.** 204/5.

¹⁹²⁷ STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do *judicial review* como artifício político.** p. 208.

¹⁹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** p. 29.

intervenção do Judiciário nos atos do Executivo. O desfecho do processo foi favorável a Madison, mas o argumento utilizado foi outro, não sob o aspecto do controle do ato administrativo advindo do Executivo, mas sim do controle do ato legislativo originado no Legislativo, pavimentando, de forma ampla, o caminho para o *judicial review*¹⁹²⁹: Marshall considerou, em um primeiro momento, que assistia direito a Marbury, tendo em vista que a competência conferida à Suprema Corte para obrigar o Executivo a investir ele no cargo de juiz estava prevista no *judiciary act* de 1789, contudo, esta lei não poderia ampliar a competência da corte originalmente prevista na Constituição, restando, portanto, inconstitucional, fulminando o argumento jurídico de Marbury, sob um viés distinto.¹⁹³⁰

Assim, a suprema corte americana sedimentou a superioridade das normas constitucionais sobre os demais atos normativos, com a decorrente possibilidade de controle jurisdicional também dos atos do Legislativo, assim como a sedimentação no cenário político do Judiciário como intérprete final da constituição¹⁹³¹; ou seja, como verdadeiro *Poder político* do Estado.¹⁹³²

¹⁹²⁹ “A competência que permitiria à Suprema Corte determinar ao Poder Executivo que procedesse a instituição de Marbury no cargo pleiteado vinha prevista no §13 da Lei Judiciária de 1789. Marshall julga, então, que uma lei não poderia modificar a competência originária da corte que está prevista na Constituição. O argumento centra-se no fato de que uma lei não poderia contrariar a Constituição. A argumentação então inaugura o raciocínio que vai tornar-se base de todo o *judicial review*”. STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison: o nascimento do *judicial review* como artifício político**. p. 209.

¹⁹³⁰ Nas palavras de Marshall: “É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinarias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinarias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível”. MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. p. 25.

¹⁹³¹ “Pois bem, se isso tudo é verdadeiro - e a história parece não desmentir esses dois pensadores - então aquela opção radical deve ser feita com base na própria experiência política, a exemplo do que aconteceu na fundação da república norteamericana, quando os federalistas tudo fizeram para demonstrar que, à luz da experiência histórica, as liberdades públicas e os direitos individuais estariam mais protegidos se ao menos implicitamente deixassem a cargo do Judiciário, e não dos demais poderes do Estado, a prerrogativa excepcional de emitir a última palavra sobre o sentido a

Conforme mencionado acima, o amoldamento pormenorizado da separação dos poderes delineados em linhas gerais na Constituição do Estados Unidos ficaria a cargo da interpretação jurisdicional construída por meio da *common law*.

Nesse diapasão, foi somente quase um século depois que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1880, durante o julgamento do caso ***Kilbourn vs. Thompson***, moldou o princípio da separação de poderes afirmando que a respectiva Constituição dividiu o Poder de governo do Estado em três departamentos, denominados executivo, legislativo e judiciário, *inexistindo* em qualquer deles Poder *ilimitado*. Asseverou que para o bom funcionamento do sistema, cada um desses ramos deveria estar investido de um *corpo específico* e separado de funcionários, e as *linhas divisórias* de atuação entre os departamentos deveriam ser *claramente acentuadas e observadas*, e que nenhum Poder poderia usurpar a função exclusivamente atribuída a outro.¹⁹³³

Como se observa, o sistema de freios e contrapesos alicerçados nessa decisão da Suprema Corte estadunidense destacou a necessidade da absoluta separação entre os poderes do Estado. Registrou, da mesma forma, uma espécie de formatação hierárquica de subordinação entre os funcionários de cada

sua constituição. E tão naturalmente conseguiram convencer os seus concidadãos quanto ao acerto da fórmula proposta - relembrem-se as palavras de Marshall em *Marbury v. Madison* - que até hoje, ressalvada a opinião de alguns teimosos, quase todos concordam com Charles Hughes - que foi Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos em dizer que os americanos vivem sob uma constituição, mas essa carta política é aquilo que os seus juízes entendem que ela é". COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 225. p. 39-44, jul/set, 2001. p. 42.

¹⁹³² STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison**: o nascimento do *judicial review* como artifício político. p. 208-210.

¹⁹³³ "6. *The Constitution divides the power of the government which it establishes into the three departments -- the executive, the legislative, and the judicial -- and unlimited power is conferred on no department or officer of the government. It is essential to the successful working of the system that the lines which separate those departments shall be clearly defined and closely followed, and that neither of them shall be permitted to encroach upon the powers exclusively confided to the others.* 7. *That instrument has marked out, in its three primary articles, the allotment of power to those departments, and no judicial power except that above mentioned is conferred on Congress or on either branch of it. On the contrary, it declares that the judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court and such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish*". U.S. SUPREME COURT. ***Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/168/>. Acesso em: 21 nov. 19.

departamento, construindo, desde os primórdios, a concepção da visão escalonada e piramidal sobre as estruturas estatais – temática que será abordada em tópico próprio logo abaixo ainda nesse capítulo.

7.2.7 França: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e primeira Constituição

O contexto político-jurídico francês desse período foi exposto anteriormente na primeira parte da presente pesquisa; na explanação que segue, o enfoque será dado apenas no tocante à separação dos poderes do Estado.

A Constituição dos Estados Unidos serviu de inspiração¹⁹³⁴ para a francesa e todos os demais documentos jurídicos que seguiram, não obstante o modelo de Estado norte-americano, erigindo o Judiciário ao patamar de verdadeiro Poder político, *não* tenha se integrado ao arquétipo de Estado liberal europeu.

Passada a Revolução Gloriosa e declarada a independência dos Estados Unidos, os preceitos iluministas invadiram a França. Seus primeiros reflexos jurídicos foram observados na **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, proclamada pelos representantes do povo francês, reunidos em assembleia, no ano de 1789, logo no início da Revolução Francesa, que se estenderia pelos anos seguintes em uma batalha entre liberais e conservadores – estes, “de direita”, na tentativa de sustentar a monarquia no Poder.

Em seu artigo 16, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

¹⁹³⁴ "A constatação, entretanto, não obsta a afirmação de que a Carta de Virgínia inspirou e influenciou a Assembleia Nacional Francesa, que proclamou a Declaração de 1789. Esta influência, todavia, deve ser entendida no sentido de adoção de exemplo, pois já havia em França uma ação política vigorosa e bem orientada para a salvaguarda dos Direitos do Homem. Tanto isso é verdade que foi com este País, com a sua Declaração 'imitada, adotada e seguida', que o 'mundo aprendeu os direitos do Homem'. FIGUEIREDO, Sara de Ramos. **As declarações de direitos e as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros na Constituição de 1824**. Revista de Informação Legislativa. Janeiro a março - 1974. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180819/000350196.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 maio 2020. p. 128.

previu que uma “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição¹⁹³⁵”, não obstante, nesse contexto, porém, haver menção em seu preâmbulo somente dos poderes Legislativo e Executivo, mas **não** do Judiciário.¹⁹³⁶

A primeira **Constituição** da França¹⁹³⁷, datada de 1791, incorporou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em seu conteúdo, e nela ficou mais bem disciplinada a separação dos poderes e a respectiva divisão orgânica¹⁹³⁸. O **Poder Executivo** seria exercido pelo rei hereditariamente, o **Legislativo**, unicameral, reunido em assembleia legislativa, e o Judiciário. Enquanto o primeiro Poder era ocupado hereditariamente, os dois últimos por meio de eleição censitária.

Com relação ao **Poder Judiciário**¹⁹³⁹, a Constituição francesa destacou que a ele não caberia se intrometer no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem muito menos intervir nas funções administrativas desenvolvidas pelo Poder Executivo nem chamar em juízo administradores por questões inerentes à atividade pública. Dessa forma, a França, apesar da separação

¹⁹³⁵ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: maio 2020.

¹⁹³⁶ “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”. FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**.

¹⁹³⁷ FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**.

¹⁹³⁸ “[...] que transformava aquele País em uma monarquia constitucional com separação de poderes”. FIGUEIREDO, Sara de Ramos. **As declarações de direitos e as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros na Constituição de 1824**. p. 130/1.

¹⁹³⁹ “*Aunque en los Estados Unidos fue aceptada la idea de que el Derecho natural sólo podía ser garantizado seguramente por la rama judicial del gobierno, la teoría no logró prevalecer en Inglaterra ni en Francia. En ambos países se reconoció generalmente en los siglos XVII y XVIII la existencia de un Derecho natural pero la idea de ese Derecho natural que sólo podía ser protegido contra toda clase de violaciones mediante una estricta separación de poderes, no ganó en ellos terreno, ni en la teoría ni en la práctica*”. BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. p. 180.

de poderes de modo *tripartite*, optou expressamente por um Judiciário **nulo**, desprovido de *Poder político*, cuja atividade se limitaria a ser a mera **boca da lei**, conforme proposto por Montesquieu, mas de um modo ainda mais restrito, tendo em vista que impedia o controle recíproco dos Poderes políticos pela função jurisdicional exercida pelo Judiciário.¹⁹⁴⁰ Em contrapartida, a França reconheceu no âmbito do Poder político do Estado outros órgãos, como o Conselho de Estado¹⁹⁴¹, responsável pela Jurisdição administrativa e constituir o mais alto órgão consultivo de governo.

A contribuição francesa para a evolução da humanidade se deve mais à universalidade dos direitos do que à separação dos poderes do Estado¹⁹⁴², apesar de, nesse contexto, ter formatado um modelo de Estado “europeu” que foi adotado posteriormente por inúmeros outros.¹⁹⁴³

7.3 SEPARAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS DO ESTADO: LEITURA CONTEMPORÂNEA

7.3.1 Preceitos gerais

Passados tantos séculos, a organização do Poder político estatal continua gerando profundos reflexos na teoria do Estado. Nas “palavras de Aristóteles, Montesquieu, Madison e tantos outros, a separação dos Poderes tem a função de

¹⁹⁴⁰ CAPÍTULO V. Do Poder Judiciário. Artigo 1. Em caso algum o poder judiciário poderá ser exercido pelo Corpo Legislativo ou pelo Rei. Artigo 2. A justiça será concedida gratuitamente por juizes eleitos pelo povo, e instituídos por cartas-patentes do Rei, que não poderá recusá-las. Não poderão ser destituídos, senão por prevaricação devidamente demonstrada, ou suspensos, senão por uma acusação comprovada. O acusador será nomeado pelo povo. Artigo 3. Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções. [...] FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**.

¹⁹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 55.

¹⁹⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 159.

¹⁹⁴³ “[...] na França a Constituição foi adotada, antes de tudo, com o significado de compromisso político com a liberdade e a igualdade de direitos”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. p. 121.

evitar a concentração do poder e, com isso, o arbítrio, a tirania”. Atualmente, não obstante estes preceitos continuarem absolutamente em voga, sendo condição para a existência de qualquer Estado constitucional democrático, a teoria de separação dos poderes do Estado que se desenvolveu desde a antiguidade não é imune às críticas ou mesmo sugestões de aperfeiçoamento. Na verdade, o objetivo da separação dos poderes continua em extrema evidência, mas a forma e maneira como isso é desenvolvido no século XXI em pouco se assemelha aos preceitos de Montesquieu.¹⁹⁴⁴

Como se observa cotidianamente, a sistematização apresentada por Montesquieu, constituída em verdadeiro ponto de convergência político-estatal contemporâneo, foi concebida em um momento histórico **pré-moderno** em que se buscava, antes de tudo, afastar-se do absolutismo monárquico, reduzindo a atuação do Estado ao mínimo possível, como se verificou no período liberal.

Mas a evolução da sociedade exigiu do Estado a ampliação de suas atribuições, atingindo profundamente suas estruturas¹⁹⁴⁵, prestando serviços públicos para a população¹⁹⁴⁶, como ocorreu no decorrer da etapa social do Estado constitucional¹⁹⁴⁷, tomando proporções por vezes incompatíveis com o modelo

¹⁹⁴⁴ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1277.

¹⁹⁴⁵ “A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se, antes, a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais, com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta”. OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. p. 554.

¹⁹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

¹⁹⁴⁷ “De um lado, propugna-se a superação da teoria clássica da tripartição dos poderes, própria do Estado liberal ‘fechado’, tendo em vista que o Estado social exige um Executivo forte, enquanto o Estado constitucional confere preeminência ao Judiciário no contexto do Estado constitucional de direito, uma vez que aquele, por via de suas Cortes superiores, é o guardião da democracia e da Constituição. Por outra parte, caso fosse atribuída maior ênfase ao “equilíbrio de poderes” que à sua ‘independência’, o poder do Estado, considerado no seu conjunto, seria visto numa espécie de balança na qual qualquer alteração, por menor que fosse, afetaria igualmente os três poderes, mas o poder do Estado estaria mais sensível à opinião pública do que no modelo da independência dos

tradicional¹⁹⁴⁸ de separação¹⁹⁴⁹ dos poderes diante de uma sociedade complexa típica do **século XXI**¹⁹⁵⁰ - não se olvida, nesse campo, do surgimento de inúmeros outros poderes sociais, ideológicos e principalmente econômicos¹⁹⁵¹ para além daqueles tradicionais e que influenciam sobremaneira os poderes Estado¹⁹⁵², mas a presente pesquisa está limitada ao estudo dos poderes políticos do Estado e da sua respectiva estrutura organizacional *ad intra*^{1953, 1954}.

Exemplo **prático** de uma releitura sobre a teoria da separação dos poderes ocorreu ainda no século XIX quando alguns Estados alteraram, ou tentaram alterar a **fórmula tripartite** até então sedimentada. Foi o caso da própria Inglaterra,

poderes. Todos esses aspectos, porém, não diminuem a relevância da teoria clássica. Conforme observa Marcelo Caetano: a independência do Judiciário é princípio fundamental nos Estados que aceitam os princípios do Estado de Direito; os parlamentos continuam a ser o *locus* onde as minorias expressam os seus pontos de vista e contêm a ação da maioria e do governo; e se a contraposição Legislativo-Executivo se diluiu, foram desenhadas outras formas de fiscalização do Executivo, por via da atribuição de faculdades fiscalizatórias especiais a certos órgãos, como o Tribunal Constitucional". RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 290.

¹⁹⁴⁸ "Um dos principais motivos de crise do Estado contemporâneo é que o homem do século XX está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetivos de um Estado Democrático". DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 297.

¹⁹⁴⁹ "Quando falamos hoje na Separação de Poderes, certamente não queremos dizer '*séparation*' no sentido original francês; queremos dizer, isso sim, conexões recíprocas e controles mútuos. CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional"**. p. 43.

¹⁹⁵⁰ Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação dos poderes. O Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes". DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 218.

¹⁹⁵¹ "*La tercera diferencia de mi noción de 'esfera de lo indecible' respecto a la de 'coto vedado' de Garzón Vadés consiste en el hecho de que se refiere no solamente a los poderes públicos, sino también al mercado*". FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trota, 2010. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Edición de Miguel Carbonell. p. 103.

¹⁹⁵² "Hoje, ao contrário, damos-nos conta cada vez mais de que o sistema político é um subsistema do sistema global e que o controle do primeiro não implica em absoluto o controle do segundo". BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. p. 259.

¹⁹⁵³ "A consequência disso tudo é que já se pode considerar definido um novo intervencionismo do Estado na vida social. Desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela. [...] esse novo mundo, com a humanidade integrada, seria regido pelas leis de mercado e não mais pelas leis do direito que decorrem dos valores do povo e de todo conjunto das relações sociais". DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 276.

¹⁹⁵⁴ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1277.

que delineou uma separação **quadripartite** de poderes cindindo o Executivo em Poder governamental e Poder real, “mas essa realidade não foi implantada, tendo vista que o Gabinete criado ficou subordinado ao rei”. Benjamin Constant¹⁹⁵⁵, suíço nascido em 1767, desenvolveu nesse período a teoria de monarquia constitucional, onde haveria um Poder central¹⁹⁵⁶ neutro (moderador¹⁹⁵⁷), ocupado pelo monarca, responsável pela fiscalização e inibição dos excessos dos outros três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), aplicada efetivamente por Portugal e Brasil¹⁹⁵⁸ por meio do Poder moderador^{1959, 1960}.

Na atualidade, “algumas constituições vêm adotando outro sistema de separação dos poderes: a **pentapartição** de poderes (a Constituição

¹⁹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 108, em nota de rodapé.

¹⁹⁵⁶ “O conceito de poder moderador, fundado nas teses de Benjamin Constant sobre a quadripartição dos poderes, foi adotado apenas na Constituição Imperial outorgada em 1824. Na conformação imperial, esse quarto Poder encontrava-se em posição privilegiada em relação aos demais, a eles não se submetendo”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADI 6457/DF**. Liminar Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2020.

¹⁹⁵⁷ “Serviria justamente aquele poder para apagar o incêndio das paixões e reprimir em tempo oportuno a vocação liberticista ou as ambições usurpatórias dos poderes políticos rivais, no caso o Executivo e o Legislativo. Quem primeiro concebeu com clareza e discernimento esse poder foi o francês Benjamin Constant, escritor, publicista liberal, adversário de Napoleão e um dos mais brilhantes teóricos do liberalismo. Queria ele criar nas organizações estatais a figura de um poder neutro que, contrastando com os demais poderes ativos, se colocasse acima destes e só intervesse para resolver pendências de suma gravidade. Fadado a aparecer apenas quando estivesse comprometida a sobrevivência das instituições ou afetadas irremediavelmente as relações entre os poderes, o Poder Moderador ocupava o posto mais elevado na guarda da Constituição e na hierarquia institucional. Concedera-lhe Constant essa prerrogativa fundamental: fazer com os três ramos clássicos da soberania aquilo que o judiciário faz com as pessoas sentenciando conflitos de interesses; de tal sorte que seria ele, para assim dizer, o poder judiciário dos demais poderes. [...] O único país, segundo nos consta, onde se aderiu durante o século XIX à formosa teoria de Constant para levar à prática a técnica moderadora foi o Império do Brasil”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. p. 411.

¹⁹⁵⁸ “Por fim, o ritmo parlamentar não mais resiste à crise alternada das eleições insinceras, e pôde dizer o visconde de Cruzeiro, em 1888, que, sem ‘a ditadura’ ‘não é mais possível governar-se este país...’ (414). Para realiza-la, fizeram a república os discípulos de Benjamin Constant”. CALMON, Pedro. **História social do Brasil**. 2º tomo. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1937. Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/122/4/83%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

¹⁹⁵⁹ Montesquieu, de certa forma, previu o Poder moderador em sua teoria, ao afirmar que, diante da nulidade do Judiciário, haveria a necessidade da intervenção de outro Poder para conter o Executivo e o Legislativo, que seria exercido pela câmara alta do parlamento, nos seguintes termos: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. p. 172.

¹⁹⁶⁰ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1279.

venezuelana¹⁹⁶¹, de 1999, a Constituição da Costa Rica, de 1949, a Constituição da China, de 1947)". Além dos três tradicionais, a constituição da *Venezuela* cuida do Poder Cidadão, exercido por um conselho integrado pelo defensor do povo, fiscal geral e controlador geral da república, para prevenir, investigar e sancionar fatos que atentem contra a ética e a moralidade administrativa, enquanto o quinto Poder seria o eleitoral, exercido pelo conselho nacional eleitoral e as juntas eleitorais, responsável pelas eleições, regulamentando a lei, sanando dúvidas, mantendo, organizando e dirigindo o registro civil e eleitoral.¹⁹⁶²

Igualmente, a constituição do *Equador* também faz a divisão pentapartite, muito embora as designe como função¹⁹⁶³, e não como Poder, acrescentando a função de controle e a função eleitoral. Os dois Poderes mais incomuns para além da tripartição são observados na *China*: o yuan controlador, destinado à supervisão, evitando situações de abandono e corrupção, composto por membros democraticamente eleitos, com atribuições inclusive para recusar nomeações de juízes; e o yuan examinador, com membros indicados pelo presidente da república, sob aprovação do yuan controlador, destinado ao "exame, emprego, registro, classificação de serviço, escala de salários, promoção e transferência,

¹⁹⁶¹ "A constituição da Venezuela faz uma divisão pentapartite entre os Poderes do Estado, incluindo neles o Poder Cidadão e o Poder Eleitoral, 'previsto no art. 292 da Constituição, que apregoa: 'o Poder Eleitoral se exerce pelo Conselho Nacional Eleitoral como diretor e, são organismos subordinados a este, a Junta Eleitoral Nacional, a Comissão de Registro Civil e Eleitoral e a Comissão de Participação Política e Financiamento'. Suas atribuições são, nos termos do art. 293, regulamentar as leis eleitorais e resolver as dúvidas e vazios que estas suscitem, declarar a nulidade total ou parcial das eleições, manter, organizar e dirigir o Registro Civil e Eleitoral etc'". MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

¹⁹⁶² MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

¹⁹⁶³ "Para realizar seus fins políticos, que são históricos, portanto, variáveis no tempo e no espaço, o Estado, como qualquer sociedade, tem de cumprir determinadas tarefas ou atribuições. Pois bem, as chamadas funções do Estado são, justamente, as tarefas ou atribuições fundamentais que o Estado tem de executar para realizar seus fins. É o mais adequado sentido jurídico de função. Ou seja, função em direito é sempre uma atividade desenvolvida para atender às necessidades de outrem. É exatamente em tal sentido que a palavra função é usada por nossa Constituição Federal ao tratar do exercício das funções do Estado, nos arts. 44 e 76. Só que a Constituição Federal usa a palavra poder com o sentido de função, de forma que, onde está escrito "o Poder Legislativo e o Poder Executivo são exercidos etc.", deve-se ler: a função legislativa e a função executiva são exercidas etc. Por conseguinte, função do Estado é o conjunto unitário de atribuições que o Estado tem de implementar para alcançar a realização dos fins a que se propõe. Observe-se, porém, que a função, entendida como atividade destinada a um fim, supõe logicamente o ser humano, único capaz de intenção. Assim sendo, os fins a serem alcançados pelas funções do Estado dependem dos interesses e da ideologia do grupo que está no poder". ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p. 61/2.

aposentadoria, pensão”, dentre outros.¹⁹⁶⁴

No campo **doutrinário**, Ferreira Filho¹⁹⁶⁵ entende haver forte incoerência na teoria delineada por Montesquieu, afirmando, por exemplo, que a divisão funcional do Poder, na clássica tripartição, na verdade não tem o rigor necessário para ser aceita como **científica**, pois, de fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm a mesma essência, “que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no *modo*, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe”, concluindo, em outro diapasão, que “a especialização inerente à ‘separação’ é, dessa forma, meramente relativa”.

Cita, nesse contorno, a estrutura da Inglaterra, indicando haver naquele Estado três funções, distantes daquelas preceituadas por Montesquieu: governamental, consistente na tomada de decisões incondicionadas e na orientação da máquina administrativa, compreendendo as funções executiva e legislativa clássica; uma ação de controle, exercida pelo parlamento, e uma ação de justiça, consistente na aplicação da lei a casos concretos, por órgãos independentes, e “nem por isso a Grã Bretanha deixa de ser talvez o mais livre de todos os Estados contemporâneos”.¹⁹⁶⁶

Dallari afirma que, apesar da patente inadequação da organização do Estado aos preceitos montesquianos, a separação de poderes continua sendo um **dogma**, aliado à ideia de democracia, e em razão disso decorre o absoluto temor em afrontá-la expressamente, e como consequência são buscadas outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo-se, por vezes, apenas a

¹⁹⁶⁴ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

¹⁹⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 164/5.

¹⁹⁶⁶ “Na verdade, na Grã-Bretanha contemporânea, podem-se distinguir, *grosso modo*, três formas de ação do Estado: uma ação *governamental*, consistente na tomada de decisões incondicionadas e na orientação da maquinaria administrativa (exercida pelo gabinete e que compreende a *legislativa* e a *executiva* clássicas), uma ação de *controle*, consistente em acompanhar criticamente o desempenho da primeira (exercida pelo parlamento), e uma ação de *justiça* (consistente na aplicação da lei a casos particulares por órgão, ou órgãos revestidos de especiais garantias de imparcialidade), ação de justiça essa até certo ponto de execução da política tornada lei, até certo ponto de controle”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 166.

aparência de separação estrita de poderes. São os casos, por exemplo, da “*delegação de poderes*”, em determinadas matérias constitucionais, conservando certas competências indelegáveis, e da “*transferência constitucional de competências*”, por meio de mudanças constitucionais que não se apegam rigorosamente à separação de poderes, ampliando especialmente os poderes do Executivo.¹⁹⁶⁷ Ambas possuem a finalidade de manter o equilíbrio entre as forças políticas do Estado diante da interpenetração das funções¹⁹⁶⁸.

“Algumas constituições dão a certas autoridades administrativas – o chefe de Estado ou os ministros de gabinete, por exemplo – o poder de decretar normas gerais por meio das quais são elaboradas as cláusulas de um estatuto¹⁹⁶⁹”, e nem por isso se cogita em eventual agressão à separação entre os poderes, mesmo que a normatização derive do Executivo, em substituição ao Legislativo, para que o próprio “Executivo” cumpra.¹⁹⁷⁰

Em outra senda, nas palavras de Sanchez Barrilao, cada Poder, no exercício de sua função, está submetido ao cumprimento da respectiva finalidade estatal marcada pela orientação política e jurídica constitucional geral e unitária do Estado, o que pressupõe uma coordenação, de caráter essencialmente político, entre os poderes, e, por motivos históricos de conveniência política ou rendimento técnico, também **transferências recíprocas de competências** entre eles. Em consequência, um Poder pode exercer em determinadas parcelas funções de outros

¹⁹⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 218/9.

¹⁹⁶⁸ “A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 112.

¹⁹⁶⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 190.

¹⁹⁷⁰ “A doutrina da separação dos poderes, contudo, serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e suas respectivas atribuições”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1187.

poderes, sem que com isso se desnaturalize, em uma visão interna, a função própria de cada um deles, desde um ponto de vista material e orgânico em razão da reserva que todo Poder guarda como essência da função caracterizadora do núcleo concreto e prevalente de cada um deles, nem mesmo que com isso se degrade, por consequência, a função prevalente do outro Poder, sob a ótica externa.¹⁹⁷¹

Nas palavras de Ranieri, a clássica teoria de separação de poderes teria deixado de atender aos seus objetivos iniciais de limitação recíproca dos poderes do Estado, no próprio benefício da liberdade do cidadão, muito embora não tenha sido inteiramente superada. Um dos fatores dessa substancial modificação é a **hipertrofia**¹⁹⁷² do Executivo observada em razão da **ampliação** das suas **funções** diante das necessidades impostas pelo desenvolvimento social e tecnológico que demandam celeridade e eficiência na implementação das políticas públicas, especialmente diante da morosidade do processo legislativo acarretar uma incompatibilidade com essas demandas¹⁹⁷³. Há também como fatores dessa modificação a criação de outros órgãos públicos, como tribunais de contas, *ombudsman* e ministérios públicos, que ganham especial proeminência sem se encaixarem em nenhum dos poderes clássicos do Estado. Da mesma forma com os tribunais administrativos que exercem controle sobre atos administrativos.¹⁹⁷⁴

Assim, facilmente se conclui que “hoje, o princípio não configura mais

¹⁹⁷¹ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. p. 45.

¹⁹⁷² “Com a revolução de 1930 e a promulgação da Constituição de 1934, percebe-se a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e social, o que acarreta a instituição de novas entidades administrativas, a assunção de novas tarefas pelo Estado e o aumento do quadro de agentes públicos”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. p. 8.

¹⁹⁷³ “Tal criatura (o Estado) se submete a um ordenamento jurídico e a uma estruturação de procedimento, os quais crescem e ampliam sua abrangência, na medida em que as Sociedades vão aumentando em suas múltiplas complexidades, tais como as demográficas, sanitárias, educacionais, habitacionais, econômicas, culturais, ambientais. Com isto, amplia-se também o espectro político porque as relações de Poder crescem em quantidade, qualidade e diversidade. Em muitos casos o Estado hipertrofia-se, adquire a condição de ente ‘tentacular’, na busca do atendimento das metas que os seus administradores estabelecem e, em muitas vezes, metas de governo são confundidas com as finalidades do Estado, e o arbítrio se instala afastando a Democracia”. PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. p. 24.

¹⁹⁷⁴ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*. p. 288.

aquela rigidez de outrora”.¹⁹⁷⁵ Nesse diapasão, é possível destacar outras leituras doutrinárias que bem ilustram essa mutação – as quais serão apresentadas abaixo acompanhando o cerne da presente da pesquisa, sem o objetivo de pormenorizar cada uma delas.

7.3.2 Hans Kelsen

Kelsen refunda a divisão funcional dos poderes do Estado, tratando de **distribuição**, e não separação. Enquanto mantém a tripartição organizacional (orgânica) em Executivo, Legislativo e Judiciário, afirma que a separação funcional (funções) com base na costumeira tricotomia é, na verdade, uma **dicotomia** – *legis latio* e *legis executio*¹⁹⁷⁶ –, tendo em vista que a função legislativa se opõe tanto à função executiva quanto à jurisdicional, sendo que essas duas últimas estariam correlacionadas entre si de um modo mais íntimo do que com a primeira.¹⁹⁷⁷

Kelsen conceitua a **legislação** como a criação das leis – *leges* – aduzindo que a resposta à pergunta sobre o que é executado não pode ser outra que não as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo Poder Legislativo. Essa execução das leis também é função do Poder Judiciário, por isso, sob essa ótica, não é distinguível do Poder Executivo, pois nesse aspecto a função de ambos é realmente a mesma; a única distinção possível é que com relação ao primeiro, as normas gerais são executadas pelos tribunais e, com relação ao segundo, por órgãos executivos ou administrativos. A **função executiva** – *legis executio* –, de modo mais restrito, estaria subdivida em “função jurídica” e “função executiva”.¹⁹⁷⁸

¹⁹⁷⁵ No mesmo sentido: “A ampliação das atividades do estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 111.

¹⁹⁷⁶ “No Estado moderno estes órgãos de criação e execução do direito são, imediata ou mediatamente, órgãos do Estado”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 225.

¹⁹⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 365.

¹⁹⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 365.

O Poder **Executivo** se subdivide frequentemente em duas funções separadas, chamadas função *política* e função *administrativa*. A primeira é catalogada como “governo”, em um sentido mais restrito, em atos da administração de conteúdo politicamente importante, derivados de órgãos administrativos mais elevados. Em ambas se produzem atos executivos, diferindo a função governamental (política) da administrativa antes por um caráter político do que jurídico.¹⁹⁷⁹

No Poder **Legislativo** não estaria compreendida por inteiro a função legislativa de criação de leis, mas apenas um aspecto especial dessa função consistente na criação de normas gerais por órgãos especiais, chamados de corpos legislativos. Mas seria apenas como exceção que Executivo e Judiciário poderiam criar normas gerais, tendo em vista que possuem como tarefa típica a criação de normas individuais, com base nas normas gerais criadas pela legislação e costumes, levando a efeito as sanções estipuladas por essas normas gerais e individuais.¹⁹⁸⁰ Não se olvida, nesse diapasão, que a própria atividade legislativa, inclusive o processo de criação das leis, seria igualmente uma função executiva.¹⁹⁸¹

Nesse âmbito de criação e aplicação das normas, estando o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Judiciário, de outro, eles “representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada”. Dessa forma, a “doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes **estágios** da **criação** e da **aplicação** da ordem jurídica nacional”.¹⁹⁸²

Toda a atividade estatal estaria condicionada ao **ordenamento jurídico** e um órgão do Estado “só pode fazer o que a ordem jurídica o autoriza a fazer”, por isso não é necessário proibir um ato por uma norma jurídica, a não ser que se queria restringir previamente uma eventual autorização, no entanto, é técnica jurídica ainda

¹⁹⁷⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 365/6.

¹⁹⁸⁰ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 366/8.

¹⁹⁸¹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 376.

¹⁹⁸² Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 368/9.

preservada mesmo quando supérfluo o ato de dirigir proibições a órgãos do Poder Executivo, que “não mais possuem uma competência ilimitada”, pois “sem autorização por lei, eles simplesmente não podem atuar”.¹⁹⁸³

Mas além desse legislador **positivo** há um legislador **negativo**, responsável por assegurar a concordância da norma inferior com a superior, função reservada aos tribunais para a revisão judiciária da legislação, que pode ocorrer de maneira difusa, limitada ao caso concreto, individualmente, ou concentrada, com extirpação da lei do ordenamento jurídico de modo definitivo e generalizado, com status de precedente judicial vinculativo. Nessas duas hipóteses procedimentais¹⁹⁸⁴, a “anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo”.¹⁹⁸⁵

Apesar da similitude entre as funções “executivas” *lato sensu* – *legis executio* – exercidas por Executivo e Judiciário, Kelsen identificou na função “jurisdicional” um **núcleo**¹⁹⁸⁶ essencial positivo consistente no controle de constitucionalidade, convencionalidade e legalidade, ou seja, na verificação da conformação da norma inferior pela superior, exclusivamente por tribunais, em

¹⁹⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 378/9.

¹⁹⁸⁴ “A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota, do poder deste primeiro órgão. Tal possibilidade significa que existe, além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 383.

¹⁹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 380/3.

¹⁹⁸⁶ Kelsen não considera, contudo, o controle dos atos do Executivo como núcleo da função jurisdicional, oportunizando, inclusive, o controle, de modo exclusivo, a tribunais “administrativos”. O que pode ser explicada, talvez, diante do fato do parlamento concentrar o poder do “povo”, de onde se originaria o Poder democrático do Estado. Adiante Kelsen aborda, em outros termos, a questão, aduzindo que, pela democracia, o controle deveria ser do Legislativo sobre os demais, e não do Judiciário: “Quando órgãos administrativos têm de recorrer a um tribunal ordinário para a imposição da lei administrativa, pode estar dentro da competência do tribunal examinar não apenas a constitucionalidade da lei, mas também a legalidade ou mesmo a utilidade do ato administrativo. O tribunal tem essa competência mesmo quando o próprio órgão administrativo se reveste de uma função judiciária, já que, embora o órgão administrativo precise estabelecer a ocorrência do delito e decidir a sanção, o indivíduo contra o qual é dirigida a sanção pode apelar para um tribunal. O controle jurídico da administração não precisa estar nas mãos dos tribunais ordinários; ele pode ser exercido por tribunais administrativos especiais”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 400.

criação e conteúdo, no âmbito das “garantias constitucionais”, reservada ao Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional.¹⁹⁸⁷

Kelsen registra, sem embargo, que, em sentido amplo, é impossível realizar a separação estrita das funções entre os dois Poderes *legis executio*. No entanto, salienta que a execução de normas gerais pode ter natureza jurídica distinta, precipuamente, diante de dois fatores: estabelecimento da presença de um ato qualificado como infração civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada no caso concreto somado à ordenação de uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma aplicada. Aduz também que em regra a decisão judiciária pressupõe uma controvérsia, mas que o ponto decisivo para a sua caracterização é o de que as obrigações e os direitos das partes sejam determinados a partir do estabelecimento de que um delito foi cometido e ordenada uma sanção¹⁹⁸⁸. Por isso, os “atos coercitivos de administração que não possuem o caráter de sanção representam, na verdade, uma função executiva distinta da judiciária”¹⁹⁸⁹.

Esclarece, também, em complemento, sobre essa distinção, que, não obstante os órgãos do Poder “executivo” frequentemente exercerem as mesmas funções das dos tribunais, a administração pública está baseada no direito administrativo, enquanto a Jurisdição nos direitos civil e criminal, mas todos tentam obter uma determinada conduta vinculando um ato coercitivo, correspondente a uma sanção, à uma conduta contrária, denominada delito.¹⁹⁹⁰

No entanto, a execução dessas leis administrativas é conferida às autoridades administrativas e não aos tribunais. Somente as autoridades administrativas são competentes para estabelecer se um delito administrativo foi cometido e infligir a respectiva sanção. “Essa função dos órgãos administrativos é a mesma função dos tribunais, embora a segunda seja chamada ‘judiciária’, e a

¹⁹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 390.

¹⁹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 390/1.

¹⁹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 399.

¹⁹⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 392.

primeira ‘executiva’ ou ‘administrativa’”, podendo, inclusive, “ser concebidos como controvérsias” – inexistindo, nesse campo, qualquer diferença essencial entre as funções judiciárias e administrativas, a não ser em relação ao ramo do direito a ser aplicado.¹⁹⁹¹

A diferença que poderia haver entre as duas funções, nesse caso, seria a independência como característica da Jurisdição, pois os juízes estariam sujeitos tão somente às leis, e não às ordens e instruções, de órgãos judiciários ou administrativos superiores, ao passo em que a maioria das autoridades administrativas não seria independente. Isso, contudo, pode não consistir em uma distinção “quando a administração não é hierárquica”, pois, dessa forma, “os seus órgãos também são independentes”. E mesmo quando há certa hierarquia, muitas vezes esses órgãos administrativos são “completamente independentes”¹⁹⁹² – tema abordado na abertura do capítulo 6 da presente pesquisa.

Não obstante ser absolutamente normal confiar a função judiciária aos órgãos administrativos a partir do momento em que se encontre uma ligação jurisdicional com a função administrativa específica, sem **independência** administrativa, “a organização e o processo efetivo dos tribunais dão uma garantia de legalidade mais forte do que os dos órgãos administrativos”. Aliás, nessa dimensão, nada impediria dar à administração pública, a partir do reconhecimento dessa função judiciária, “a mesma organização e o mesmo processo que têm os tribunais”, com a consequente independência do julgador, tendo em vista que o “devido processo de Direito” não necessariamente acarreta o monopólio da função judiciária pelos tribunais.¹⁹⁹³

Por isso, repisa Kelsen que não existe qualquer separação precisa entre as funções orgânicas do Poder Judiciário e do Executivo. São funções idênticas distribuídas entre diferentes esferas públicas, cuja “existência e as diferentes denominações das quais podendo ser explicadas apenas com base em

¹⁹⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 392.

¹⁹⁹² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 393.

¹⁹⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 397/8.

fundamentos históricos”.¹⁹⁹⁴

E conclui, aduzindo que a separação de poderes, por meio de uma distribuição de funções, opera antes contra uma **concentração** do que a favor de uma **separação** estanque, e o denominado Poder Judiciário funciona como uma espécie de contrapeso dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o princípio da separação dos poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão, não seria, na acepção do termo, “democrático”. A democracia exigiria um órgão legislativo controlando o Executivo e o Judiciário, e não um controle judicial sobre os atos executivos e legislativos, o que somente se explicaria por motivos históricos, mas não como elementos especificamente democráticos.¹⁹⁹⁵

7.3.3 José Joaquim Gomes Canotilho

Canotilho¹ assenta que seriam pressupostos **materiais** do Estado de direito a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais, e **formais** a divisão de poderes e a administração local autônoma (federação).

Com relação aos pressupostos **materiais**, a *juridicidade* exigiria uma ordenação do Estado por meio do direito, com observância nos direitos e deveres fundamentais, de maneira substantiva, respeitando a dignidade da pessoa, a personalidade e a igualdade. Na *constitucionalidade* se vislumbraria uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídica-normativa condicionadora do Estado, acarretando a primazia da constituição sobre a totalidade da atividade estatal, em um verdadeiro Estado de direito, inclusive observando a reserva de constituição, em razão da tipicidade constitucional de competências e da exclusividade constitucional para restrição de direitos e liberdades, garantindo a plenitude, por fim, dos próprios *direitos fundamentais*.

Por sua vez, os pressupostos **formais** estariam intimamente imbricados

¹⁹⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 393.

¹⁹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 403/4.

com os materiais, especialmente com a vinculação à constituição, mas estariam calcados, enquanto princípio estruturante, na *separação de poderes*. A visão de Canotilho sobre o Estado de direito implica na divisão da separação de poderes sob duas acepções, a *negativa*, consistindo, em linhas gerais, na tradicional limitação do Poder para proteger os indivíduos, e a *positiva*, de ordenação e organização do Estado e do Poder por meio essencialmente do esquema de competências, tarefas e funções constitucionais, fazendo emergir órgãos funcionalmente adequados por meio da desconcentração das tarefas públicas, acarretando, dessa forma, além do controle do Poder político, decisões mais eficazes e justas, ampliando o espectro de garantias dos direitos fundamentais. A primeira teria como escopo o indivíduo; a segunda, a organização do Estado.

Dessa forma, a separação de poderes consistiria em uma divisão de funções para além da repartição do próprio Poder do Estado. Seguindo a organização estrutural, haveria uma repartição vertical, como ocorreria, por exemplo, em uma federação, e a repartição horizontal, que implicaria na efetiva divisão das funções de Poder político sob a égide da constituição, permitindo, nesse campo, a interpenetração entre as atividades.¹⁹⁹⁶

No tocante à acepção positiva, Canotilho aduz que a separação funcional do Estado deve ser entendida como uma ordenação controlante-cooperante de funções, onde o que realmente importa não é exatamente saber se o ato é executivo, legislativo ou jurisdicional, mas sim se esses atos podem ser feitos de forma legítima. Por isso, a partir da existência de um órgão legitimado a desenvolver determinada função, um Poder só poderia exercer a atividade típica de outro se com essa atividade não restasse esvaziada a atividade material daquele, respeitando, dessa forma, o núcleo material de cada função. Assim, as interpenetrações entre as funções seriam permitidas quando não fossem sacrificados os respectivos núcleos essenciais. Esse controle seria determinado pela constituição, em forma de

¹⁹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

contrapeso de um Poder sobre o outro.¹⁹⁹⁷

A partir dessa visão, Canotilho propõe uma **readequação** das funções do Estado utilizando critérios de *adequação* e *ordenação* que resultem não em vários poderes, mas sim em **funções diferenciadas**. Os critérios de ordenação das funções políticas do Estado formam três modelos que estão muitas vezes imbricados, por isso não necessariamente excludentes, na discussão do significado e alcance constitucional da separação e interdependência entre os órgãos de soberania, consistentes nos modelos de balanceamento (*check and balances*), da justiça funcional (ou justeza funcional) e do núcleo essencial.¹⁹⁹⁸

O modelo do *balanceamento* versa sobre o tradicional sistema de freios de contrapesos disposto na ideia de um Poder frear o outro por meio do exercício de funções distintas e de controles recíprocos, de Poder para Poder, redundando na manutenção da democracia e das liberdades individuais; o segundo modelo, da *justiça funcional* (ou justeza funcional), estaria caracterizado na exigência de uma estrutura orgânica funcionalmente adequada, ensejando a destinação da função apropriada a cada um dos órgãos de soberania.¹⁹⁹⁹

O terceiro, modelo do *núcleo essencial*, admite a interpenetração das funções dentro de um limite intransponível consistente no núcleo essencial de cada uma delas, identificado no campo de tarefas típico de cada órgão de soberania, atividades que não poderão se deslocar entre eles sob pena de violação do núcleo e, por consequência, também do princípio da separação. Diante desse modelo, a nenhum órgão poderia ser atribuída função de modo a esvaziar as funções materiais especialmente atribuídas a outro^{2000, 2001}

Aduz Canotilho que as funções típicas do Estado deixaram de estar

¹⁹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 245, 502 e 552-9.

¹⁹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 551/2.

¹⁹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 551/2.

²⁰⁰⁰ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n. 510/2016**.

²⁰⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 552.

exclusivamente vinculadas a determinados órgãos de supremacia, o que seria uma decorrência natural **evolutiva**; mas a ausência de um suporte orgânico único exige uma diafaneidade material que forneça transparência ao estabelecimento das competências e à distribuição das funções plasmadas na constituição. A convivência harmônica e articulada entre os três modelos garantiria uma ordenação material das funções do Estado.²⁰⁰²

7.3.4 Eros Grau

Para Grau, a separação de poderes constitui um dos **mitos** mais eficazes do Estado liberal. A doutrina da separação dos poderes nos foi exposta a partir de **Montesquieu**, e não pela via **norte-americana** dos freios e contrapesos, e até mesmo a sua prioridade em Montesquieu merece questionamentos, seja desde Aristóteles até Locke. John Locke, em verdade, foi bastante incisivo na propositura de uma separação entre os poderes, de forma dual, diferentemente de Montesquieu, que não cogitou uma separação, mas sim uma distinção entre eles, que devem atuar em equilíbrio.²⁰⁰³

Assim, Grau enfatiza que desde logo Montesquieu distinguiu entre poderes Executivo e Legislativo de um lado, e, de outro, as funções executiva e legislativa, aduzindo que o Poder Executivo deveria estar dotado das funções executivas, mas também de parcela das funções legislativas, vislumbradas na faculdade de impedir. O Poder Legislativo, por sua vez, em casos excepcionais, exerceria funções jurisdicionais.²⁰⁰⁴

Aduz, ainda, que Montesquieu afirmou que o Poder Executivo deveria permanecer nas mãos de um monarca para que ele tivesse o exercício da “ação momentânea”, mais bem administrada por um do que por vários, assim como o Poder Executivo cuidaria sempre das “coisas momentâneas”, enquanto o Poder

²⁰⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 553.

²⁰⁰³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 222-225.

²⁰⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 225-227.

Legislativo das “situações não momentâneas”, estáveis. Isso levaria a concluir que, se as situações que reclamam a atividade do Executivo, no exercício de uma espécie de “*capacidade normativa de conjuntura*”, são de natureza momentânea, não há incompatibilidade desse exercício nem mesmo na própria doutrina de Montesquieu; há, em verdade, imposição de destinação de parcela da função legislativa ao Executivo para a manutenção do equilíbrio perseguido pela teoria.²⁰⁰⁵

Nesse campo, sobre a supracitada “**capacidade normativa de conjuntura**”²⁰⁰⁶ desenvolvida pelo “Executivo”, ensina Grau que é dever dos titulares da “**função normativa**”, em sentido amplo, observar os parâmetros e critérios estabelecidos na lei que lhes conferiu a atribuição, inexistindo, nessa hipótese, “**função legislativa**” *stricto sensu*, mas tão somente “**função normativa** (regulamentar)” – também em sentido estrito, mas em outra perspectiva. Os órgãos e entidades da administração, quando exercerem a “função normativa” que lhes incumbe, estão dinamizando a “capacidade normativa de conjuntura”, estatuidando normas destinadas à regulamentação atinentes às atividades por eles desenvolvidas, de forma coerente “com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito de seu desempenho, a lei.”²⁰⁰⁷

Tomando como fonte de conhecimento o italiano Alessi, a par da classificação tradicional elaborada em um critério orgânico ou institucional para dividir as funções do Poder do Estado consistentes em legislativa, executiva e jurisdicional, Grau apresenta uma divisão das funções pautada por um critério material, finalístico, indicando, assim, “a **função normativa** – de produção de normas jurídicas (= textos normativos); a **função administrativa** – de execução das normas jurídicas; a função jurisdicional – de **aplicação das normas jurídicas**”²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 227.

²⁰⁰⁶ “À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino *capacidade normativa de conjuntura*”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 228/9.

²⁰⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 228-230.

²⁰⁰⁸ Sem negrito no original.

Na exposição das funções, Grau elege como fio condutor, para diferenciar a classificação orgânica e funcional da material, a função legislativa e a função normativa a partir da noção de ordenamento jurídico. Inicia sua exposição aduzindo que a “**função normativa**” – *lato sensu* – supõe duas premissas, a *primeira* que a norma jurídica constitui um elemento essencial do ordenamento jurídico, e a *segunda* é que ela consubstancia preceito primário no ordenamento jurídico. Define norma como todo preceito expresso mediante estatuições primárias, isto é, que valem por força própria, ainda que com base em Poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante, enquanto “*lei* é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles”.²⁰⁰⁹

Conceitua, assim, a “função normativa²⁰¹⁰” – *lato sensu* – como aquela de emanar estatuições primárias, operantes por força própria, contendo preceitos abstratos, e a “função legislativa” – *stricto sensu* – como aquela de emanar estatuições primárias, geralmente, mas não necessariamente, com conteúdo normativo, sob a forma de lei.²⁰¹¹ Diante disso, tendo em vista a larga parcela de capacidade normativa destinada ao “Executivo” no Estado contemporâneo, muito se questiona sobre a derrogação do princípio da separação de poderes diante da delegação das funções do Legislativo ao Executivo.

No entanto, Grau esclarece que não se cuida de delegação com a consequente derrogação do princípio, porque a ação do “Executivo” encontraria amparo no ordenamento jurídico diante da atribuição²⁰¹² de competência e

²⁰⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 234-6.

²⁰¹⁰ E, posteriormente, complementa: “Mais ainda – cumpre reter também -, entende-se como função normativa a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência do poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 238.

²⁰¹¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 235-6.

²⁰¹² No mesmo sentido: “Não se trataria, é certo, de delegação legislativa, senão de partilha da função legiferante entre o Legislativo e o Executivo ou, mais pontualmente, da ampliação da área consentida ao Governo para desenvolver a lei ou regulamentá-la, excluindo, de seu natural, de vez que, constitucionalmente estabelecida, o problema da delegação, que supõe, ao inverso, o exercício, por um poder de atribuição, que a outro pertença, em linha de princípio”. NUNES, castro. **Delegação de poderes**. Artigo virtual. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/12040/10960>. Acesso em: 20 maio

observância do princípio da legalidade, naquilo que não estivesse contido na reserva da lei – tratando dos regulamentos expedidos pelo Executivo. Por isso, o Legislativo não seria titular de monopólio senão da “**função legislativa**”, consistente em **parcela** da “função normativa”, e não do seu todo, como a recepção irrefletida da teoria da separação dos poderes, à primeira vista, indicaria.

Assim, é possível depreender que Grau encontrou um **núcleo** na “função normativa”, denominado “função legislativa”, cuja competência para o exercício seria de exclusividade do Poder Legislativo, enquanto o restante da “função normativa”, com características muito semelhantes, diferindo, em realidade, especialmente na forma de sua exteriorização – lei –, poderia ser exercida por outros órgãos públicos – não necessariamente detentores de Poder político relevante –, no exercício de competência originária para tanto e sem que isso implicasse em qualquer derrogação no princípio da separação de poderes ou, notadamente, na delegação de funções do Legislativo para os demais órgãos.

Onde e quando não houver transferência do núcleo dessa função, não haverá delegação, encontrando amparo no ordenamento jurídico diante da atribuição de competência e observância do princípio da legalidade.

7.3.5 Reinhold Zippelius

Zippelius inicia o desenvolvimento sobre o tema afirmando que a separação orgânica de poderes do Estado consiste em um sistema moderado e controlado do exercício do Poder, por meio de uma “repartição e coordenação ordenadas das competências estatais (funções de regulação)”, cujo programa ultrapassa, de longe, os temas tradicionais de busca do equilíbrio dos poderes no plano organizacional do Estado. O poder politicamente relevante está fundado em diferentes setores e surge dentro e fora do Estado, constantemente sob novas formas. Dessa maneira, o problema do equilíbrio dos poderes no Estado pluralista

seria compreendido unilateralmente e insuficientemente se voltado apenas para o esquema de distribuição das **competências jurídicas** sem considerar a dispersão das forças sociais que se servem destas competências, como o mercado, associações e os meios de comunicação de massa.²⁰¹³

No âmbito do controle do Poder estatal, além da repartição de competências dentro da organização central do Estado, foram criados **sistemas** de regulação juridicamente autônomos, como os Estados federais, de maneira federativa ou sob entidades autônomas, assim como distribuídas **competências** entre entes privados, a partir da conformação do interesse envolvido, emergindo a coletividade política, sem prejuízo do Poder de regulação do Estado, como um sistema de atuação de **subsistemas** de diversos **níveis** sob a orientação e controle **centralizados**, formado por uma “diversidade estrutural e repartição de funções” para controle e limitação do Poder político do Estado que está em permanente **mutação**.²⁰¹⁴

Então, dessa forma, o “**Poder político relevante**” emergiria de inúmeras origens, tanto públicas quanto privadas, e influenciam de alguma forma as funções organicamente desenvolvidas pelo Estado consistentes em **legislação, Jurisdição, governo e administração**.²⁰¹⁵ “A administração, tal como a governação, é tradicionalmente atribuída ao ‘executivo’”^{2016, 2017}

Para Zippelius, essas funções, derivadas da clássica separação de poderes, **não** são vislumbradas contemporaneamente de maneira estanque nas democracias ocidentais da forma como concebida por Montesquieu, a não ser a estrita observação da independência dos juízes com relação ao Executivo. Há,

²⁰¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 458/9.

²⁰¹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 460-463.

²⁰¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 470.

²⁰¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472.

²⁰¹⁷ “No entanto, o conceito de ‘executivo’, tal como o conceito sinônimo de “poder executivo”, não esvazia nem a esfera funcional do governo, nem a da Administração: a atividade do governo de condução do Estado, de que fazem parte, p. ex., também a preparação e a apresentação de projectos de lei, não está evidentemente limitada a ‘executar’ leis. Mas também a Administração não se esgota na mera ‘execução’ das leis, contanto que por isso se entenda uma atividade legalmente definida até ao pormenor”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472/3.

ainda, atividades estatais que **não se encaixam**, sem falhas, em nenhuma das funções tradicionalmente delineadas, como a programação futura de modelos de ordenação e planos de ação relativos à política interna e externa, que ultrapassam a mera “execução das leis”, a cargo do “governo”.

No mais, destaca Zippelius que são notadas atualmente inúmeras **rupturas** no esquema que não excluem certos atropelos aos limites fundamentais de competência²⁰¹⁸, notadamente no exercício de influência de um Poder sobre o outro, o que não impede, contudo, que tais interpenetrações deixem de preservar a finalidade essencial que é o **controle recíproco** do Poder político do Estado de modo eficaz, porém, não de forma hermética, mas sim por meio de procedimentos **cooperativos** em uma distribuição de funções organicamente **adequadas** pautadas por uma coordenação **juridicamente regulada**.²⁰¹⁹

É interessante que nesse jogo político Zippelius destaca a influência que a **burocracia estatal** pode exercer sobre o Poder do Estado. Aduz ele que na confrontação entre uma burocracia neutra em termos político-partidários e a cúpula política, o diálogo entre os ministros com competência decisória e seus funcionários técnicos burocráticos pode auxiliar para uma clarificação útil da tomada das decisões políticas.²⁰²⁰

A burocracia do Estado, conceitua Zippelius, consiste no grupo orgânico de funcionários especializados em determinadas matérias que é utilizado como instrumento para dominar situações complexas, organizada em uma distribuição horizontal e vertical das funções estatais segundo organogramas e regimes de competências como garantia de coordenação eficaz. A coordenação da atividade burocrática é desenvolvida de acordo com regras comuns, sobretudo disposições

²⁰¹⁸ “É nesta combinação de competências ‘programantes’ e ‘programadas’ que fica salvaguardada a unidade jurídica do poder do Estado. O que interessa em última análise é impedir uma concentração do poder nas mãos de uma e a mesma pessoa. Por este motivo, à separação organizativo-funcional de poderes junta-se a exigência de uma e a mesma pessoa ser proibida de ocupar, em união dinástica, cargos de diferentes sectores do poder. Apenas esta incompatibilidade garante uma verdadeira divisão dos poderes”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 468.

²⁰¹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 471-476/7.

²⁰²⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 477.

jurídicas que orientam as ações administrativas de modo geral e com aplicação indistinta a todos, incluindo os regimentos internos, o exercício do Poder discricionário e a interpretação da lei.²⁰²¹

Conforme registra Zippelius, paralelamente à Jurisdição, incumbe especialmente à burocracia estatal, ocupada por um funcionalismo público instruído e especializado, a função de ser o representante do saber técnico e da objetividade de atuar – “*sine ira et studio*” – como “Poder neutro²⁰²²” do Estado. Em seu tipo ideal, a burocracia apresenta inúmeras qualidades, como a sujeição às regras e a uniformidade e objetividade da ação, desdobrando tarefas complexas do Estado em funções parciais gerando entrosamento como se fossem engrenagens. Mas no mundo real, a burocracia apresenta o inconveniente de estar perturbada pelas forças pluralistas – politização²⁰²³ – que agem notadamente sobre os cargos de chefia e por meio dos ministérios preenchidos por critérios políticos e pela indicação de pessoas para ocuparem cargos de livre nomeação em troca de favores pessoais.²⁰²⁴

Apesar da visão escalonada e subordinada ao Executivo, tendo em vista que as funções de governação e administração são conjuntamente atribuídas ao “executivo²⁰²⁵”, Zippelius faz uma nítida separação entre o que é **Poder político**, exercido pelos órgãos de Poder do Estado de acordo com as funções típicas do Poder, governação e administração, e o que é **Poder burocrático**, no exercício de “Poder neutro²⁰²⁶” burocrático de administração, desprovido de governação “política”, desenvolvido pelos demais órgãos “administrativos” do Estado localizados em uma esfera subalterna verticalizada e hierarquizada²⁰²⁷.

²⁰²¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 555.

²⁰²² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 552-554.

²⁰²³ “O crescente peso das burocracias no jogo das forças estatais obrigou além disso a politizá-las de um modo tal que contradiz a sua função ‘neutra’”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 477.

²⁰²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 555-557.

²⁰²⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472.

²⁰²⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 555.

²⁰²⁷ “A distribuição horizontal das funções públicas corresponde geralmente aos principais tipos de tarefas de regulação estatais: legislação, governo, administração e jurisdição. [...] Costuma haver uma repartição vertical das tarefas e das competências decisórias nas áreas da administração e da jurisdição. Existe uma hierarquia, uma série de instâncias de autoridades administrativas e

7.3.6 Peter Häberle

Em seu turno, Häberle destaca que a divisão de poderes do Estado é um princípio relativamente **aberto**, comportando constantes e variantes, pois o perigo do abuso de Poder é situação permanente, tendo em vista o ser humano a que se refere o Estado constitucional continuar sendo o mesmo, cujas necessidades variam em todas as épocas e espaços. Acrescenta que a separação de poderes deve ser observada em sentido estrito, de acordo com a divisão clássica tripartida, mas também em sentido amplo, que se refere a todo o âmbito social^{2028, 2029}.

Häberle observa que especialmente a partir do surgimento do Estado constitucional social houve uma multiplicação do número de poderes – *lato sensu*. Por isso alguns Estados criaram **órgãos** constitucionais novos, “*como el comisionado ciudadano o el ombudsman*”, assim como os tribunais de contas, bancos centrais ou as atribuições vanguardistas dos ministérios públicos, que se aproximam dos tribunais no âmbito da independência e deveriam ser incorporados ao quadro do conjunto de equilíbrio de poderes – por isso podem ser chamados de “**instâncias independentes**”^{2030, 2031}.

Salienta Häberle que, nesse campo de equilíbrio entre os poderes, a construção de determinados órgãos, assim como a atribuição de competências, é produzida no Estado constitucional em função de certas **tarefas delimitadas**, pois a primazia do direito e a observação da constituição como **ordem jurídica fundamental** só pode se manifestar nos órgãos estatais a partir de fundamentos

tribunais”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 175/6.

²⁰²⁸ El que en ocasiones se llame a la prensa el “cuarto poder” indica que la división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio deben ser conceptuadas de manera conjunta. Dicho en otras palabras: el canon de los poderes y de las funciones que ejercen está abierto, como la historia evolutiva del Estado constitucional misma. p. 194.

²⁰²⁹ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 193.

²⁰³⁰ “En lo que sigue se tratan primero las tres ‘típicas’ funciones clásicas del Estado, después los órganos estatales típicos, a saber, el Parlamento (y, en su caso, también las segundas cámaras), el jefe de Estado (presidente o monarca), el Ejecutivo (es decir, el gobierno y la administración), así como los tribunales, en especial la jurisdicción constitucional; las instancias independientes relacionadas, como los tribunales de cuentas o los comisionados parlamentarios, sólo pueden ser ‘puntos’ a tomar en cuenta. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 198

²⁰³¹ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 192/3.

jurídicos, atuando a divisão de poderes como sistema de controle – *checks and balances*. Afinal, nenhum órgão²⁰³² de Estado possui plenos poderes em branco no sentido das doutrinas tardias pós-absolutistas, concluindo, nessa linha, que, diante da diversidade de modelos existentes, para a teoria constitucional somente poderia proceder aqui de uma maneira tipificadora, indicando²⁰³³, nesse campo, como organismos do **Poder do Estado**: a) o parlamento b) a jurisdição; c) o chefe de estado; d) o governo; e) a administração.²⁰³⁴

Ao **parlamento** corresponderiam às funções legislativas. Pode ser bicameral e é o principal órgão legitimado democraticamente de maneira direta, representando a diversidade do povo dividida pluralisticamente, formando de certo modo um espelho da sociedade. Este seria o “primeiro” Poder do Estado.²⁰³⁵

A **Jurisdição** no Estado democrático ganha especial relevo diante da existência e da competência das cortes constitucionais. E apesar das diferenças existentes em cada cultura jurídica diante do desenvolvimento histórico de cada localidade, em todas as partes do Estado constitucional despediu-se da ideia de Montesquieu sobre o juiz ser meramente a boca da lei; em razão da sujeição de todos os poderes do Estado à constituição, todos os juízes e tribunais, em um sentido mais amplo e profundo, são “cortes constitucionais”. Este seria o “terceiro” Poder do Estado – tratado antes do “segundo” apenas para manter a lógica argumentativa.²⁰³⁶

As **funções executivas**, consistentes no “segundo” Poder do Estado, estariam *distribuídas* no **chefe de Estado** e no **Executivo** propriamente dito, e

²⁰³² “En lo que sigue se tratan primero las tres ‘típicas’ funciones clásicas del Estado, después los órganos estatales típicos, a saber, el Parlamento (y, en su caso, también las segundas cámaras), el jefe de Estado (presidente o monarca), el Ejecutivo (es decir, el gobierno y la administración), así como los tribunales, en especial la jurisdicción constitucional; las instancias independientes relacionadas, como los tribunales de cuentas o los comisionados parlamentarios, sólo pueden ser ‘puntos’ a tomar en cuenta.” HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 199.

²⁰³³ A ordem da tipificação proposta por Häberle foi outra, ajustada para melhor linha argumentativa na presente pesquisa: a) o parlamento; b) o chefe de estado; c) o governo; d) a administração; e) a jurisdição.

²⁰³⁴ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 199.

²⁰³⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 192/3.

²⁰³⁶ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 209-211.

dividida em **governo** e **administração**. O *chefe de Estado* seria um presidente ou monarca, com funções de integração e representação. Enquanto a história constitucional evidencia frequentemente o chefe de Estado detentor de uma plenitude de competências absolutas, o Estado constitucional mais recente aponta uma imagem distinta, possuindo eles uma competência jurídica limitada. Trata-se de um cargo da estrutura estatal que cumpre determinadas tarefas e constitui uma peça dentro da diversidade da divisão de poderes do Estado.²⁰³⁷

O *governo*, por sua vez, em sentido institucional, significa no Estado constitucional a “*função de governo*”, desenvolvida pelo primeiro ministro e pelos ministros de Estado refletindo a direção política estatal, interna e externa. Relaciona-se especificamente com a dinâmica das atividades criadoras, da atividade de iniciativa própria com certa flexibilidade e liberdade de configuração, de verdadeiramente conduzir, significando sem dúvida também o exercício do “Poder político” em função de certas tarefas descritas em termos materiais e processuais pela constituição – sem olvidar que as funções do primeiro ministro podem estar, a depender do sistema de governo, concentradas no presidente.²⁰³⁸

Finalmente, a *administração* seria, como o próprio nome sugere, a administração dos órgãos estatais voltada para a vida cotidiana, sob o auspício do direito administrativo²⁰³⁹, o que, em sentido institucional e funcional, não seria menos importante, pois os fins do Estado assinalados na constituição precisam ser realizados, de maneira prática, em algum “lugar”, por meio de órgãos públicos situados em um plano subalterno verticalizado. Assim, a administração se caracteriza pela realização das funções estatais específicas de maneira vinculada às normas jurídicas, por ser uma atividade dirigida, com a função de concretização no caso particular, exigindo dela saber técnico e profissional.²⁰⁴⁰

²⁰³⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 203.

²⁰³⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 205/6.

²⁰³⁹ “La administración en el sentido institucional y funcional no es menos importante en el Estado constitucional. Esto queda ya de manifiesto en la frase que califica al derecho administrativo como ‘derecho constitucional concretizado’ (F. Werner), pero también en una mirada a la normalidad de la vida cotidiana”. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 207.

²⁰⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 207/9.

Nesse campo *ad intra*, Häberle identificou na atividade estatal o surgimento de novos órgãos denominados “**instâncias independentes**” responsáveis pela *cooperação* no equilíbrio dos poderes, para além de uma atividade de administração inimaginável por Montesquieu na idade média emergida em sociedade especialmente a partir do surgimento do Estado social no início do século XX. Essa atividade “administrativa”, segundo Häberle, é meramente executiva e subordinada organicamente ao Executivo.

7.3.7 Luigi Ferrajoli

Ferrajoli, por sua vez, inaugura o debate sobre a separação de poderes do Estado fazendo a distinção entre a “**esfera do indecível**” e a “**esfera do decidível**”²⁰⁴¹. A **esfera do indecível** apontada por Ferrajoli se assemelharia às expressões “*coto vedado*”, cunhada por Ernesto Garzón Valdes, e “território inviolável”, de Norberto Bobbio, todas significando, em linhas gerais, limites impostos aos Poderes públicos.²⁰⁴²

Enquanto estas estariam sedimentadas no campo filosófico da política, como princípio político limitador de decisões políticas na tutela dos direitos de liberdade, Ferrajoli propõe para a “esfera do indecível” uma noção jurídica, como categoria da teoria do direito. Assim, porquanto princípio jurídico, encontraria seus limites internamente, na constituição, e não no campo filosófico externo da política, especialmente na impossibilidade de reforma constitucional (indecidibilidade absoluta), ou diante de procedimentos dificultosos para a modificação (relativa). Constitui-se, dessa forma, em um componente estrutural das atuais democracias constitucionais, determinado por limites e por vínculos normativos impostos a todos

²⁰⁴¹ Na tradução do original italiano para a língua espanhola constam os termos “*esfera de lo indecible*” e “*esfera de lo decidible*”. Na tradução do original italiano para o português disposta na obra “Direito e razão” verificam-se, ao invés, termos como “espaço irreduzível” e “espaço redutível”. Por exemplo: “A fronteira entre poder de verificação e poder de disposição, entre espaços redutíveis e irreduzíveis de discricionariedade decisória [...]” - FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 160. Mais importante do que a terminologia ou a nomenclatura, é captar a ideia do autor. Na presente pesquisa optou-se pela utilização dos termos “esfera do indecível” e “esfera do decidível”.

²⁰⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 102.

os poderes públicos.²⁰⁴³

A segunda diferença entre a “esfera do indecidível” e as outras duas categorias estaria situada no fato de que, enquanto estas estão limitadas ao “território do proibido”, aquela vai além, cuidando também do espaço e “território obrigado”: o proibido seriam os direitos negativos de primeira geração consistentes na liberdade, e o obrigado os direitos sociais positivos de segunda geração. O conjunto dessas esferas equivaleria ao conjunto de garantias dos direitos constitucionais estabelecidos. A terceira diferença indicada por Ferrajoli consistiria no fato da “esfera do indecidível” tratar também da limitação dos poderes privados, e não somente dos Poderes públicos – *“no sólo al estado, sino también al mercado”*²⁰⁴⁴.²⁰⁴⁵

A quarta e última diferença tangencia a “dimensão substancial da democracia”, termo que, segundo Ferrajoli, Bovero e também Bobbio parecem estar refratários em utilizar, possivelmente diante do desgaste pelo uso e abuso ideológico da expressão. A dimensão substancial da democracia estaria alicerçada nas precondições lógicas formadas pela “esfera do indecidível” e pelos direitos fundamentais sociais e de liberdade. São condições que apresentam um traço distintivo da democracia constitucional, referida precisamente no que pode e no que não pode ser decidido, aos conteúdos, ou seja, à substância das decisões, em oposição à dimensão formal, a qual, pelo contrário, refere-se apenas a “como e a quem”, é dizer, à forma das decisões.²⁰⁴⁶

A “**esfera do indecidível**” é uma noção simétrica e complementar da “**esfera do decidível**”, servindo ambas para identificar, respectivamente, a esfera direcional da **política** do Estado que é própria daquilo que é denominado por funções e instituições de “**governo**”, e da esfera vinculada e sujeita à **lei** nas funções

²⁰⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 102/3.

²⁰⁴⁴ “Sobre esta base he propuesto el desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, paralelo al constitucionalismo de derecho público, idóneo para regular los poderes de outra forma y salvajes que operan sobre el mercado”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 104.

²⁰⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 103/4.

²⁰⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 104.

e instituições de “**garantia**”²⁰⁴⁷. Essa distinção permite **repensar** a estrutura estatal para além do clássico modelo proposto por Montesquieu, oferecendo um juízo crítico rigoroso para identificar as funções que devem estar separadas, pautado a partir de um critério que se origina na **fonte de legitimação**.²⁰⁴⁸

Na *fonte de legitimação* da “**esfera do decidível**”, formada pelas funções e instituições de *governo*, estaria o voto e a eleição popular, como representação política para órgãos habilitados para atividades políticas de governo, incluindo as funções de governo propriamente ditas e as funções legislativas igualmente legitimadas para a representação política. Os poderes públicos investidos na função de governo são de fato poderes de “**disposição**”²⁰⁴⁹, produção e inovação jurídicas, legitimados enquanto tal pelo consenso popular.²⁰⁵⁰

Em outro norte, a fonte de legitimação democrática dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei em função de garantia dos direitos fundamentais que formam a “**esfera do indecidível**” decorreria da estrita observância dos pressupostos legais das decisões, sejam elas judiciais ou administrativas, em razão do caráter cognitivo da atividade, estando eles submetidos somente a rígida sujeição à lei que estão obrigados a aplicar, sendo, assim, legitimados por ela. Incluem, dessa forma, funções e instituições de garantia não apenas judiciais, mas também administrativas, enquanto poderes de “**cognição**”.²⁰⁵¹

Dessa forma, elevando a *fonte de legitimação* como tema central da separação de poderes do Estado, Ferrajoli afirma que devem estar separados e ser reciprocamente independentes os poderes que tem fonte de legitimação distintas: de

²⁰⁴⁷ “[...] *funciones administrativas de garantía, como la educación, la salud, la seguridad social, correspondientes a los derechos fundamentales*”. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 105.

²⁰⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 104/5.

²⁰⁴⁹ “O poder judicial de disposição consiste precisamente nesta ‘autonomia’ do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária. Tal poder pode ser absoluto, como nos regimes policiais e na justiça do cádi, onde seu exercício não está vinculado à comprovação de nenhuma condição legalmente preestabelecida ou, então, relativo, como em todos os casos nos quais a regra semântica da estrita legalidade só não é satisfeita em certa medida”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 163.

²⁰⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 105.

²⁰⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 106/7.

um lado, **Executivo e Legislativo**; de outro, **Judiciário** e “**órgãos administrativos**” que tomam decisões jurídicas sujeitas unicamente à lei na garantia dos direitos fundamentais. A representação política dos primeiros não autoriza a interferência na “esfera do indecidível” dos últimos, não podendo condicionar as funções de “garantia” cuja legitimação é justamente contramajoritária. Em complemento, o “**interesse geral**” e a “**garantia individual**” se configurariam também como ulterior fonte de legitimação e critério de distinção entre as funções de *governo* – “interesse geral” – e as funções de *garantia* – “garantia individual”. Todos, sem embargo, estariam limitados e vinculados à **constituição**.²⁰⁵²

De certa forma, a tese trazida por Ferrajoli se aproxima pontualmente do critério **bipartite** apresentado por Kelsen quando aduz que o Estado teria apenas duas funções: a *criação* e a *aplicação* da lei. Para Ferrajoli, contudo, as funções seriam *governamentais* ou de *garantias*. Kelsen tratou dos órgãos “administrativos” do Estado de maneira diversa, excluindo-os do debate sobre a concentração do “Poder político” do Estado. Ferrajoli separou o Poder político do Estado e o direcionou somente ao Executivo e Legislativo, conforme Locke e Montesquieu, mas a partir de um critério de *legitimação* pelo voto popular, e destinou o “Poder jurídico” ao Judiciário e aos órgãos estatais de garantia – incluindo neles os “administrativos” –, tendo em vista que estes encontram legitimação no ordenamento jurídico. Todos, no entanto, delimitados pela constituição.²⁰⁵³

Dessa maneira, ainda que se utilizando da divisão orgânica de Montesquieu, a abordagem de Ferrajoli traz uma aparência diferente. Adotando como pressuposto os conceitos de “**esfera do indecidível**” e “**esfera do decidível**”, separando primeiramente as funções e instituições do Estado em “**governo**” ou de “**garantia**” dos direitos fundamentais, posteriormente indicando os órgãos a partir da fonte de legitimação, “**voto e eleição popular**” ou “**sujeição exclusiva à lei**”, apresenta um novo dinamismo ao controle e, principalmente, exercício dos poderes

²⁰⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p.108.

²⁰⁵³ “Interesses generales y garantía individual se configuran de este modo como ulteriores fuentes de legitimación y criterios de distinción entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía”. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p.108.

do Estado, principalmente sob a ótica da efetivação dos direitos pelos órgãos de “garantia”.

7.4 PODER POLÍTICO RELEVANTE E PODER BUROCRÁTICO: TRANSIÇÃO DA VISÃO PIRAMIDAL-ESCALONADA PARA A ORBITAL-ADEQUADA

7.4.1 Releitura sobre a separação de poderes políticos do Estado

Como se observa, a leitura contemporânea da teoria da separação de poderes aperfeiçoada por Montesquieu no século XVIII mantém, de certa forma, sua **essência**, tendo em vista que toda proposta de modificação tem como ponto de partida o projeto montesquiano, não exatamente na tripartição das funções e na sua correlação com a respectiva divisão orgânica correspondente, mas especialmente no objetivo maior de se evitar a **concentração** de poderes em uma mesma pessoa de modo a se garantir as liberdades públicas de acordo com critérios funcionais e orgânicos. Por certo também se conclui que, em outro norte, não obstante a manutenção da essência, em grande parte a teoria é **inadequada** para controlar o Poder político diante das relações sociais complexas do **século XXI**.

Por isso, a doutrina aponta nela inúmeras inconsistências, algumas imprevistas por Montesquieu vivente em uma época pré-moderna e anterior às revoluções liberais, como o inchaço orgânico do Estado denominado social, mas outras são semelhantes e se apresentam somente com roupagens e intensidades diferentes, sem nenhuma novidade, como é o caso da influência dos poderes sociais sobre os poderes políticos do Estado – a própria divisão bicameral do parlamento observada por Montesquieu já dava essa conotação.

Sem ignorar que tantas outras significativas e importantes teorias vanguardistas sobre a separação dos poderes que apresentam características e

contribuições dissonantes das aqui expostas, o acima contido é suficiente para contextualizar, em linhas gerais, o que atualmente se depreende sobre o estudo da preservação das liberdades públicas, do controle de Poder político estatal e da efetivação de direitos. E é a partir deste conteúdo que se proporá, **sem** modificação substancial da teoria, uma mudança na forma como ela é vista, com alteração da visão **piramidal** para a **orbital** sobre a **atividade estatal** – que redundará no reconhecimento do “**Poder burocrático**” do Estado e, por consequência, também na **função jurisdicional burocrática estatal**, o que permitirá, com isso, a partir de uma visão técnico-jurídica e não meramente histórico-evolutiva, a **ampliação** de órgão públicos jurisdicionais **para além do Poder Judiciário**.

Das principais contribuições à presente pesquisa acima desvendadas, é possível extrair, primeiramente, e tomando como ponto de partida, que a teoria construída no século XVIII e adotada por praticamente todos os Estados modernos constitucionais democráticos ocidentais não se amolda mais no seu modo imaculado aos tempos hodiernos.

Como se observou na primeira grande parte da presente pesquisa, a teoria da separação de poderes da maneira que a percebemos atualmente foi desenvolvida por Montesquieu durante a **idade moderna**, sob o mundo vivenciado em uma **sociedade agrária** em que ainda não se conhecia o **Estado constitucional** e em um momento histórico em que ainda se lutava pelo reconhecimento da primeira **dimensão de direitos**.

Desde então, o **formato** do Estado foi significativamente modificado, não apenas formalmente, em seu arcabouço, mas materialmente, na maneira e modo de suas manifestações – de acordo com o contido na segunda parte da pesquisa em voga. Em seu contorno, o Estado, que nasceu liberal e de certa forma omisso com relação às necessidades elementares da comunidade, evoluiu para se transformar em social, prestador de serviços públicos, agigantando-se diante do crescimento exponencial de seus órgãos, alterando sua característica passiva para se tornar interventor, também em decorrência das exigências da segunda dimensão de

direitos; além disso, a partir do Estado constitucional democrático viu emergir uma constitucionalização da atividade pública acompanhando as demais dimensões do direito em uma sociedade tecnológica.

A teoria da separação de poderes não poderia, assim, prever, em pleno **século XVIII**, todos os **desafios** que seriam enfrentados contemporaneamente pela sociedade e pelo Estado. Em razão disso, a doutrina atual aponta diversas **rupturas** na estrutura da separação dos poderes diante do constante desafio da manutenção do equilíbrio e preservação dos direitos fundamentais, o que exige intensas **adaptações** na forma e conteúdo, não apenas na luta contra a tirania, mas também na própria **movimentação burocrática** da **enorme máquina estatal**.

De acordo com o anteriormente exposto, por exemplo, observa-se em **Kelsen**²⁰⁵⁴ que as funções do Estado se dividiriam em criação e aplicação do direito – *legis latio* e *legis executio* –, de modo idêntico às funções essenciais do direito, distinguindo, diante da dualidade, da tripartição clássica executiva, legislativa e jurisdicional. De um lado, organicamente, estaria o Poder Legislativo, responsável, em regra, pela criação do direito, e, de outro, Executivo e Judiciário, responsáveis, ordinariamente, pela aplicação e execução do direito.

Kelsen registrou que as funções do Poder Executivo se subdividem em função política, voltada ao governo, para a realização de atividade politicamente importante, e função administrativa, burocrática, ambas produzindo atos executivos, diferindo a função governamental da administrativa antes por um caráter político do que jurídico, e que toda a atividade estatal estaria condicionada ao ordenamento jurídico, pois sem autorização legislativa, nenhum órgão poderia atuar, notadamente o Poder Executivo que não mais possui uma competência ilimitada como ocorria aos moldes absolutistas.

Além disso, diante de uma distribuição dual de funções, afirmou que não

²⁰⁵⁴ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 365 – 402.

seria possível separar as funções “executivas” e “jurisdicionais” ²⁰⁵⁵, tendo em vista que Executivo e Judiciário seriam responsáveis igualmente pela aplicação e execução da lei, e qualquer distinção entre elas teria muito mais diante do escopo histórico do que técnico-jurídico.

Destacou, porém, no âmbito da tomada de decisão jurídica, a independência existente nos tribunais, por estarem os juízes submetidos somente à lei, enquanto os órgãos administrativos estariam submetidos às ordens e instruções de órgãos superiores, mas que essa realidade poderia ser alterada, especialmente quando a administração não se mostrasse hierarquizada, pois, dessa forma, os órgãos administrativos também seriam independentes - e mesmo quando houvesse certa hierarquia, muitas vezes esses órgãos administrativos seriam “completamente independentes”.

Emendou afirmando que seria viável estabelecer “a mesma organização e o mesmo processo que têm os tribunais”, com a consequente independência do julgador “administrativo”, tendo em vista que o “devido processo de Direito” não necessariamente acarreta o monopólio²⁰⁵⁶ da função judiciária pelos tribunais.

Concluiu ressaltando que quando ocorre o controle de conformidade da lei inferior com a lei superior, ou seja, o controle de constitucionalidade, convencionalidade e legalidade, o julgador age na condição de legislador negativo, ato que então seria de exclusividade dos tribunais – “um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como um legislador

²⁰⁵⁵ “Outros, como Cristofolini e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, chegam à conclusão de que não há, realmente, distinção entre a jurisdição e administração. Existem, na verdade, apenas duas funções do Estado, que são a legislação e a aplicação da lei, e esta se desdobra em administração e jurisdição”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 561.

²⁰⁵⁶ “Una tercera glosa general quisiéramos hacer brevemente para llama la atención sobre la conveniencia de distinguir entre la función jurisdiccional y el poder judicial. Y es que el poder judicial no absorbe por entero la función de juzgar, pues aunque que nuestra Constitución ha privado al Senado de los residuos de las funciones jurisdiccionales que suelen ostentar muchas segundas Cámaras, y se opone a la existencia de Tribunales especiales que no formen parte de la jerarquía del poder judicial, establece sin embargo el denominado Tribunal Constitucional [...] que es un órgano ajeno al poder judicial y que sin embargo acumula entre sus importantes funciones algunas de estricta naturaleza jurisdiccional”. ALGAZA VILLAAMIL, Óscar. **Comentario Sistemático a la Consitución Española de 1978**. p. 541.

negativo”. Kelsen identificou, dessa maneira, um núcleo²⁰⁵⁷ na função de aplicação e execução do direito, no âmbito das “garantias constitucionais”, reservada ao Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional – também disse que o Poder Legislativo não exerceria a totalidade da função legislativa para a criação de normas gerais, mas somente aquela atividade essencial, indicando, igualmente, a existência de um núcleo.

Kelsen, além disso, conceituou um órgão²⁰⁵⁸ como um indivíduo que cumpre função específica determinada pelo ordenamento jurídico. Assim, a qualidade de órgão seria qualificada pela atividade, na medida em que executa uma função criadora ou aplicadora do direito – separação dualista. Nesse campo, em sentido formal, um particular poderia ser considerado um órgão. Mas dentro dessa conceituação há outra mais restrita, um conceito material de órgão estatal solidificado somente a partir do momento em que esse indivíduo detiver, pessoalmente, uma posição jurídica específica, quando então passaria a ser denominado “funcionário público”.²⁰⁵⁹

Em **Canotilho**, por sua vez, observa-se que mais importante do que perceber se o ato é executivo, legislativo ou jurisdicional, é saber se o órgão está habilitado para assim proceder legitimamente. Essa interpenetração entre as funções encontraria diversos limites, mas o principal deles seria a preservação do núcleo essencial de cada função, que só poderia ser desenvolvido pelo órgão competente. Por isso, o exercício de funções atípicas não poderia conter magnitude que esvaziasse materialmente a função pertencente a outro órgão, sob pena de usurpação de Poder e desvirtuamento da efetiva separação. Essa ordenação material das funções encontraria seu substrato na constituição.

²⁰⁵⁷ “[...] esto, a la postre, será lo que conforme el núcleo esencial o reducto indisponible de cada función en relación a su respectivo Poder, como elemento arquitectural indispensable de orden constitucional (Rubén de MARINO, 1988, p. 436)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 59.

²⁰⁵⁸ Em complemento: “[...] pode-se conceituar o órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 16.

²⁰⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 277/8.

Em **Grau**²⁰⁶⁰, a lição retirada é que o Poder político do Estado, juridicamente organizado, está separado materialmente em funções e, dentro de cada uma delas – executiva, legislativa e jurisdicional, na terminologia clássica –, extrai-se um núcleo indelegável²⁰⁶¹ de exercício exclusivo dos poderes organicamente divididos do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário –, e a parcela da função disponível fora desse centro poderia ser exercida por outros órgãos “administrativos” do Estado. Kelsen fez distinção semelhante quando tratou da revisão judicial da legislação indicando ser esse núcleo da função jurisdicional de exercício exclusivo do Poder Judiciário. Canotilho também evidenciou a existência de um núcleo essencial de exercício exclusivo em cada função, propondo, inclusive, um modelo de controle das funções a partir dele.

Dos ensinamentos de **Zippelius**²⁰⁶², consigna-se que todo o contexto da separação de poderes e da coletividade política está sustentado sob um sistema de atuação composto de subsistemas de diversos níveis orientados e controlados de modo centralizado e dirigido pelas funções do Estado consistentes em legislação, Jurisdição, governo e administração, sendo as duas últimas atribuições do Executivo. Encontra-se também nos ensinamentos de Zippelius a diferenciação entre os órgãos que exercem o Poder político relevante, nas funções executiva, legislativa e jurisdicional, e os órgãos que desenvolvem funções burocráticas do Estado em forma de “Poder neutro²⁰⁶³”, normalmente denominados de “administração”, localizados em uma esfera subalterna verticalizada e hierarquizada perante o Executivo.²⁰⁶⁴ Kelsen também abordou o tema.

²⁰⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 222-236.

²⁰⁶¹ “*Ahora bien, con cierta colaboración entre los mismos al prever la Constitución la participación de unos en las funciones de otros, admitiéndose de esta forma espacios compartidos en el ejercicio de las respectivas funciones; pero con todo, distinción de Poderes al mantenerse constitucionalmente parcelas irreductibles en cada ámbito funcional en favor de su originario titular, en tanto que núcleos principales reservados a un concreto Poder y consiguientemente vedados al resto* (José Joaquín GÓMEZ CANOTILHO, 1989, p. 523). SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 101, em nota de rodapé.

²⁰⁶² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 458-557.

²⁰⁶³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 555.

²⁰⁶⁴ “Quando mais não fosse, o direito administrativo é dedicado ao estudo das regras que disciplinam o exercício da função administrativa. Se, no dizer de SANTIO ROMANO, ‘a função é poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo’, a função administrativa está irremediavelmente vinculada a uma

Häberle²⁰⁶⁵, por sua vez, ressaltou que, notadamente a partir do surgimento do Estado constitucional social, houve uma multiplicação do número de órgãos e poderes estatais; alguns deles são consistentes em órgãos independentes, que se aproximam na natureza jurídica dos tribunais, responsáveis por permear a clássica divisão das funções para assumir atividades incorporadas ao quadro do conjunto de equilíbrio de poderes do Estado, como *ombudsman*, tribunais de contas e bancos centrais, por isso denominados de “instâncias independentes”. No campo da separação das funções, estabeleceu o parlamento, a Jurisdição, o chefe de estado, o governo e a administração; os últimos três situados na esfera do Executivo. Destacou que no Estado social, além das “instâncias independentes”, também emergiram tantos outros órgãos técnicos “administrativos”, voltados à vida cotidiana e responsáveis pela realização dos fins constitucionais, os quais foram alocados de maneira hierarquizada no Executivo – de maneira semelhante ao preceituado por Zippelius.

Ferrajoli²⁰⁶⁶, em seu turno, apresentou uma separação funcional de poderes distinguindo eles de acordo com a fonte de legitimação, aproximando-se pontualmente de Kelsen na “dualidade”; mas enquanto este dividiu as funções do Estado em criação e aplicação da lei, Ferrajoli as dividiu em funções governamentais e de garantia. As funções de garantia seriam exercidas, em estrita observância aos preceitos jurídicos contidos no ordenamento jurídico, também pelos órgãos “administrativos”, mas de maneira independente – diferentemente da doutrina em geral que os vincula de modo hierarquizados perante o Poder Executivo. Com as divisões em “esfera do indecidível” e “esfera do decidível”, órgãos de “governo” e órgãos de “garantia”, destinou o Poder político do Estado aos Poderes Executivo e Legislativo, e o Poder jurídico ao Poder Judiciário e aos “órgãos administrativos” de garantia dos direitos fundamentais, limitando todos pela constituição.

finalidade de interesse público, do qual é ancila e serviente”. BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan/fev/mar 2017, Salvador/BA. Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234-e1c33e2bd7/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020. p. 4.

²⁰⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 193-211.

²⁰⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 102-108.

Em todo esse contexto **pós-moderno** e **neoconstitucional** da teoria do Estado é possível destacar dois pontos de especial relevo ao estudo que se propõe a fazer sobre a ampliação dos órgãos públicos aptos a exercer a função jurisdicional para além do Poder Judiciário: o *primeiro* é que a interdependência entre as funções pressupõe a manutenção de um **núcleo material intangível** dentro de cada uma delas, de exercício exclusivo de cada órgão de Poder político, sob pena de usurpação e descaracterização da separação de poderes, podendo gerar reflexos inclusive sobre os direitos fundamentais na esfera do indivíduo.

Por exemplo: com relação ao núcleo material ou essencial, a **função normativa** contém a função legislativa; a função legislativa é o núcleo material da função normativa, e só pode ser exercida pelo parlamento, consistente no Poder Legislativo. A **função executiva**, por sua vez, contém a governamental e a administrativa; a primeira, de cunho político, é de exclusividade do Poder Executivo – chefe de Estado e de governo, assim como o mais alto escalão do governo –, e a segunda, de intento burocrático, pode ser exercida amplamente por órgãos administrativos subalternos. O núcleo material da função executiva seria a atividade governamental – note-se, nesse campo, que a doutrina é silente e não faz essa mesma distinção em relação à **função jurisdicional**, e é justamente o que se pretende propor logo abaixo preenchendo a **lacuna** existente na teoria o Estado.

Conforme destaca **Rangel**²⁰⁶⁷, esse núcleo essencial intangível atinente a cada função **ligaria materialmente a dimensão organizacional à dimensão funcional** dos poderes do Estado, exigindo que determinados atos, revestindo de uma dada idiossincrasia material, sejam imperativamente praticados por assentado órgão, pretensamente detentor de acuradas características. O estabelecimento da **reserva** garante que esse órgão constitucionalmente pensado para desenvolver certa função efetivamente o faça, sem interferência de outros órgãos, exigência premente diante da complexificação dos Estados hodiernos que enfrentam um esbatimento da rigidez com que inicialmente era entendida a separação de

²⁰⁶⁷ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, RANGEL Editora, 1997. p. 27/8.

poderes.²⁰⁶⁸

Mas há outra questão apontada por Rangel sobre a **reserva** material das funções estatais que merece especial destaque. Aduz Rangel que a consagração constitucional das reservas materiais das funções viriam corresponder às exigências de estabelecer poderes políticos relevantes separados, resgatando um verdadeiro sentido simultaneamente material, organizacional e político. Em outras palavras, afirma Rangel que a “reserva” pode ser considerada como o **novo nome da “separação de Poderes”**.²⁰⁶⁹

Rangel conclui seu raciocínio sobre a interlocução entre a reserva material das funções e a separação de poderes registrando que sua afirmativa poderia conter certo exagero²⁰⁷⁰. Porém, diante de uma singela observação sobre a realidade atual, é possível sedimentar, sem muito esforço, que o Estado constitucional democrático contemporâneo é absolutamente diverso daquele Estado moderno do século XVIII, período em que a teoria da separação de poderes foi redimensionada por Montesquieu. Tanto o **Estado** quanto a **sociedade**. A sociedade é infinitamente mais complexa, e o Estado, por consequência, hipertrofiado. O núcleo das funções políticas desenvolvidas hoje pelo Estado possivelmente coincidiria com a totalidade das funções políticas exercitadas nas funções políticas do Estado do século XVIII. Sem exageros, assiste completa razão a Rangel.

O estabelecimento do **núcleo das funções políticas** do Estado, ou do **novo nome da separação de poderes** para o século XXI, desagua no *segundo*

²⁰⁶⁸ “Ao se assegurar uma reserva de lei, trata-se de arbitrar ao órgão legislativo (ou aos órgãos legislativos) um espaço próprio no qual possa desenvolver livremente a valoração política em que essencialmente consiste a legislação. E, reciprocamente, ao se estatuir uma reserva de administração, do que se trata é de garantir ao órgão administrativo o integral respeito pelo espaço discricionário que lhe foi deixado pelo legislador e de o pôr ao abrigo das arremetidas de uma possível fiscalização jurisdicional. Num caso, deixa-se ao órgão político por excelência a decisão onde se afirma a necessidade de escolha com base em valorações políticas; no outro, confia-se ao agente que está numa especial posição perante o interesse público a exclusividade da decisão”. RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 27.

²⁰⁶⁹ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 27/8.

²⁰⁷⁰ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 27/8.

ponto acima destacado para esta pesquisa, que é o de, a partir da reserva material funcional das funções estatais políticas, compreender qual parcela de cada uma delas poderia ser destacada para, então, ser distribuída para outros órgãos e, quando no desenvolvimento da burocracia estatal, formar o **Poder burocrático** do Estado, exercido por órgãos classificados, em regra, e de maneira ampla, como “*dependentes*”, em contraposição aos órgãos “*supremos*” de **Poder político**.²⁰⁷¹

Pois a interdependência das funções permitiria o exercício de **parcela atípica funcional** formal por órgãos de Poder político distintos – o que poderia ser caracterizado por meio de atividades como a **delegação** e a **transferência constitucional** acima mencionadas. Quando a função em sua parcela disponível é exercida por órgãos “dependentes”, então não estaríamos diante de delegação ou transferência, pois não se trataria de exercício de *Poder político* do Estado, mas sim de **atividade funcional burocrática**, a partir de uma **distribuição** de atribuições e competências – seria precisamente aqui que residiria o **Poder burocrático** do Estado.

Assim, no tocante a esse **Poder burocrático**, acompanhando o delineado por Canotilho, emergiriam **órgãos funcionalmente adequados** por meio da **desconcentração das tarefas públicas**, respeitando uma **ordenação controlante-**

²⁰⁷¹ “A compreensão constitucional do princípio da separação de poderes, apesar de convocar critérios orgânicos e funcionais, não se reconduz a uma simples distribuição de funções por diferentes órgãos. Como o Tribunal Constitucional tem afirmado, inexistente, no texto constitucional, «qualquer estrita correspondência entre separação de órgãos e separação de funções, de modo a que a separação de órgãos tenha o sentido de implicar uma rígida divisão de funções do Estado entre eles, exprimindo até a referência à interdependência dos órgãos do Estado constante do artigo 111.º, n.º 1, da Constituição, uma lógica de colaboração e articulação funcional» (cf. o Acórdão n.º 395/2012, disponível, assim como os demais adiante citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>). Mas, por outro lado, «isso não impede que se reconheça quer a existência de domínios claramente identificados e delimitados de competência exclusiva da Administração, quer a reserva de um núcleo essencial de atuação de cada um dos poderes do Estado, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza da competência em causa, enquanto justificação da sua previsão e expressão da sua igual legitimidade político-constitucional» (v. *ibidem*). É neste contexto que se justifica falar de uma teoria do núcleo essencial das funções, como aquela a que se refere a sentença recorrida, e que ganha sentido útil o princípio da separação de poderes entendido como princípio normativo autónomo dotado de um irreduzível núcleo essencial. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, tal sentido consubstancia-se em fundamentar a «declaração da inconstitucionalidade de qualquer ato que ponha em causa o sistema de competências, legitimação, responsabilidade e controlo consagrado no texto constitucional”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

cooperante de funções a partir da **ponderação** do critério de **justeza funcional** com o do **núcleo essencial**, em um **sistema**, de acordo com o apontado por Zippelius, de **repartição** e **coordenação ordenadas** das **competências** estatais, instruídos por procedimentos **cooperativos** em uma **distribuição** de funções **organicamente adequadas**.

Afinal, conforme destacado por Rangel, o **núcleo** material da função exprimiria a **atividade política** de **Poder estatal**; por pressuposto lógico, aquilo que estiver **excluído de seu núcleo, não**. Assim, o **núcleo** essencial e material das funções de Poder consistiriam no **Poder político relevante** do Estado, enquanto o que estivesse **fora** desse núcleo poderia integrar o **Poder burocrático** do Estado, formado pelo “Poder neutro²⁰⁷²”, nas palavras de Zippelius.

É o que se pretende demonstrar na sequência deste capítulo, sem olvidar que o cerne da presente pesquisa é a **Jurisdição** – dentro da teoria do Estado –, por isso, ao invés de identificar de maneira pormenorizada os respectivos núcleos das funções executiva e legislativa, tratará de maneira mais aprofundada da função jurisdicional.

7.4.2 Visão piramidal-escalonada: órgãos “dependentes”

Além da sistematização contemporânea acima delineada, traçada por diversos autores, que influencia a conjuntura atual da disciplina nos poderes do Estado, há outro ponto bastante relevante em meio aos inúmeros motes destacados, que se extrai na concepção de **Ferrajoli**, e que merece especial relevo na leitura efetivada.

Observa-se que uma das motivações de Ferrajoli para desenvolver uma proposta de modificação da dogmática funcional para a separação de poderes

²⁰⁷² “Paralelamente à jurisdição, cabe em especial à burocracia, preenchida por um funcionalismo instruído e especializado, a função de ser o representante do saber técnico e da objectividade e de *actuar sine ira et studio* como ‘poder neutro’”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 555.

adotada pelo Estado constitucional desde seus primórdios no século XVIII foi a **inadequação** das estruturas estatais, originadas na sociedade agrária pré-moderna, para serem utilizadas na sociedade líquida, de risco e complexa contemporânea do século XXI, notadamente com relação aos órgãos públicos criados para a prestação de serviço à sociedade – a doutrina em geral aponta com bastante clareza o surgimento desses órgãos “**administrativos**” a partir do **Estado social**, também destacados por Häberle, tanto com relação aos “dependentes técnico-administrativos”, como no tocante às “instâncias independentes”.²⁰⁷³

Registrou Ferrajoli que, no decorrer da evolução e do aperfeiçoamento da teoria da separação dos poderes do Estado, a divisão de Montesquieu se referia a três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, enquanto o modelo pretérito de Locke apenas aos dois primeiros. Ambas são concepções eminentemente mais simples do que as existentes nas atuais democracias constitucionais; a atividade estatal burocrática daquela época não passava da função fiscal-tributária e de manutenção da ordem pública interna, além da defesa militar do Estado no campo externo.²⁰⁷⁴

Dessa maneira, o objetivo **original** da divisão de funções era meramente separar e diferenciar organicamente os **poderes políticos** do Estado de tal forma que um fosse o freio e o limite para o outro, garantindo a separação e a independência das funções **legislativa** e **jurisdicional** em relação ao Poder absoluto do monarca, e, para além da desconcentração do Poder, também resguardar as **liberdades públicas**. Tratava Montesquieu, dessa forma, dos órgãos “**supremos**” do Estado, em um ajuste necessário ao recém vislumbrado Estado moderno, que reuniu em torno de si todo o direito, Jurisdição, exército e demais centros de Poder político antes dispersos, em parte, no setor “privado” da comunidade, os quais, com a adoção do “princípio da unidade”, acabaram concentrados e depositados no monarca absoluto. **Não** cuidava Montesquieu, assim, da **organização burocrática** do Estado buscando **eficiência** e a melhor prestação

²⁰⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 104-106.

²⁰⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 104-106.

do serviço público por meio da separação e divisão orgânica, algo que somente emergiu para a teoria do Estado no **século XX**.

Esse modelo desenhado ainda no **século XVIII**, no entanto, **condicionou** profundamente a construção e o arcabouço estrutural do Estado moderno, acarretando como conquista positiva a primazia do parlamento e a independência do Poder Judiciário²⁰⁷⁵. Mas de maneira intensamente negativa, tendo em vista que todas as funções administrativas de garantia, próprias do estado constitucional social, como, por exemplo, a educação, a assistência sanitária e a seguridade social, ao não serem caracterizadas como funções legislativas ou jurisdicionais, foram concebidas e se desenvolveram no interior do **Poder Executivo**²⁰⁷⁶, ou seja, dentro da **função de governo**²⁰⁷⁷, situando-se atrás da etiqueta onipresente da **“administração pública”**.²⁰⁷⁸

Portanto, para Ferrajoli, não apenas as funções administrativas auxiliares de governo, como a diplomacia, segurança pública ou política fiscal, senão também as funções administrativas de garantia, como as destacadas educação, saúde e

²⁰⁷⁵ “Além disto, destaco a valorização de um conveniente assessoramento técnico, a agilização do aparelhamento administrativo, a ‘participação do Executivo na criação dos próprios instrumentos legais de atuação’ e a correta utilização da Capacidade Normativa de Conjuntura, no campo social e na atividade econômica, como algumas das medidas capazes de contribuir para a administração eficaz do conflito referido por DALLARI”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 46/7.

²⁰⁷⁶ “FERREIRA FILHO afirma que ‘entre os pais da separação de Poderes’ o Executivo aparecia como o ‘gládio a serviço da lei’ tanto como ‘fiscal de sua execução’ quanto ‘executor mesmo em certos campos’, num papel ‘nitidamente subordinado’ e coincidente com as idéias do *laissez faire*. Contudo, o *Etat Gendarme* transformou-se no *Welfare State* e, com isto, o Executivo teve o seu caráter profundamente modificado, tornando-se “o motor da vida política, a mola do governo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 46.

²⁰⁷⁷ “A administração, tal como a governação, é tradicionalmente atribuída ao executivo”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. p. 472.

²⁰⁷⁸ Vide, por exemplo, que até mesmo o Conselho de Estado Francês, órgão de reconhecida independência, é tratado como “dependente” do Executivo na doutrina em geral: “Nisso difere, pois, do sistema francês, no qual a jurisdição é dual: há um órgão, integrante do Poder Executivo, cuja competência para proferir julgamentos em sede de conflitos envolvendo a Administração Pública é exclusiva em relação a outros órgãos. Trata-se, pois, do *Conseil d’Etat*, engendrado por Napoleão, originariamente, como meio de manter o controle dos julgamentos envolvendo o Estado”. LUERSEN, Daniel. **Agências reguladoras: autonomia, atividade normativa, decisões e julgamentos administrativos e reflexos ante o Poder Judiciário**. Revista de doutrina TRF4. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Daniel_Luersen.html. Acesso em: 5 mar. 2020.

seguridade social, correspondentes a direitos fundamentais, foram alocadas dentro do Poder político Executivo, justamente nas dependências do governo, mostrando, nesse ponto, a **inadequação** da teoria de Montesquieu para os dias de hoje diante da complexidade da esfera pública nas democracias contemporâneas.²⁰⁷⁹

Em outras palavras, nesse ponto Ferrajoli está tratando do **gigantesco** quadro de **órgãos burocráticos “dependentes”** do Estado²⁰⁸⁰, pautado sob a égide do “estatismo autoritário²⁰⁸¹”, caracterizado pela **dominação** do Poder Executivo sobre as cúpulas administrativas por meio de um crescente controle político sobre órgãos responsáveis em grande parte pela prestação de serviços públicos, originalmente de natureza privada e que foram estatizados, existentes para além daqueles “supremos” que exercem Poder político – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – e os imediatamente existentes para o desenvolvimento das funções primárias do Estado.²⁰⁸²

Na doutrina do direito administrativo, estes órgãos, genericamente, em sua categorização mais elementar, podem ser classificados como

²⁰⁷⁹ “Trata-se da centralização dos Poderes e do exercício das Funções dos Órgãos do Poder Executivo, fenômeno que considero significativo no Estado Contemporâneo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 46.

²⁰⁸⁰ “Passada a fase de consolidação da postura governamental intervencionista, fase que não é contemporânea nem uniforme nos diferentes contextos em que se desenvolve (a Europa dos dois períodos de pós-guerra, no século XX; a América no período que se segue à crise econômica de 1929 e o *New Deal*; a migração da população rural para as cidades, na América Latina etc.), as estruturas administrativas do Estado social tornaram-se extremamente complexas, quando comparadas às da esfera de atuação neutra do Estado liberal”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 39

²⁰⁸¹ “[...] de modo geral, o Estado Contemporâneo tem assumido uma estrutura tentacular que é objeto de estudos, constatações e propostas de cientistas que têm a ‘burocracia como centro de atenção’, como evidencia HEADY. As superestruturas são montadas para o exercício ampliado das funções estatais, ocorrendo hipertrofias em graduações variadas, na medida em que são examinados diversos Estados. Já para POULANTZAS ‘o estatismo autoritário caracteriza-se por uma dominação das cúpulas do executivo sobre a alta administração e pelo crescente controle político desta por aquela’; PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 34.

²⁰⁸² “[...] *jurisdicción* [...] ésta se ha visto expandida durante los últimos años sobre la actividad del Ejecutivo debido, principalmente a la permanente e intensa intervención de éste en las relaciones sociales, que el Estado social supone, y del lógico incremento de los conflictos de los ciudadanos con él; así [...] el Poder Judicial ha incrementado su presencia ante la actuación del Gobierno y la Administración”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 132.

“**dependentes**”²⁰⁸³, em contraposição aos órgãos “**supremos**” do Estado. É assim que ensina Silva, dividindo os órgãos do Estado em “supremos”, aos quais incumbe o *Poder político* do Estado, cujo conjunto se denomina governo ou órgãos governamentais, e “dependentes”, situados em um plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a *administração*. O governo, dessa forma, é o conjunto de órgãos supremos por meio dos quais a vontade do Estado se manifesta no exercício das três funções políticas do Estado: legislativa, jurisdicional e executiva, sendo que esta última se divide em função de governo, com atribuições “políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*”.²⁰⁸⁴

Por sua vez, Pérez afirma que os órgãos **supremos** seriam responsáveis pelos serviços de governo propriamente ditos, ou jurídicos, que consistem em dar ordens e fazer reinar o direito. Como as ações dos órgãos supremos precisam ser realizadas na prática, o governo em si reclama serviços encarregados de administração. Os governantes ditam as leis, pronunciam sentenças e dão ordens. As leis precisam ser aplicadas; as sentenças executadas; as ordens cumpridas. A execução das leis se efetiva por outra faceta do Poder, que é denominado “**administração**”, cuja manifestação externa aparece dividida formalmente de acordo com a função a ser realizada, segundo o serviço que se objetiva.²⁰⁸⁵

Sanchez Barrilao faz a distinção, especialmente entre “governo” e “administração”, mas que, por meio dela, é também possível verificar a diferença entre a atuação dos órgãos supremos em relação aos órgãos dependentes. Um órgão **supremo** se configura constitucionalmente como responsável pela direção política do sistema político global do Estado, impulsionador e responsável pelo

²⁰⁸³ Na obra “O espírito das leis”, Montesquieu citou o exército como um órgão “dependente” do Poder político. Possivelmente, naquela época, o exército poderia ser considerado o principal órgão não político do Estado, pois a burocracia estatal se limitava, em grande parte, como destacado por Ferrajoli, em cobrar impostos, manter a ordem interna e a segurança externa. Aduziu Montesquieu: “Uma vez estabelecido o exército, ele não deve depender imediatamente do corpo legislativo, e sim do poder executivo, e isto pela natureza da coisa, consistindo sua atribuição mais em ação do que em deliberação”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. p. 177.

²⁰⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 109-110.

²⁰⁸⁵ PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. 39 ed. México: Porrúa, 2005. p. 307/8.

desenvolvimento desse programa político. Os órgãos **dependentes** constituiriam o conjunto de recursos humanos e materiais a serviço da ação governamental, a efetiva execução e desenvolvimento da vontade política do Estado conforme a constituição e a lei.²⁰⁸⁶

Os órgãos “**dependentes**” seriam responsáveis, em regra, pela intervenção na vida social, fomento da atividade estatal e prestação de serviço público para a sociedade. Em linhas gerais, esses órgãos, com notáveis exceções – vide as “instâncias independentes” preceituadas por Häberle –, são responsáveis pela **burocracia** do Estado; nos termos do próprio Häberle, o “**lugar**” onde as decisões políticas são efetivadas na prática, ou, de acordo com os ensinamentos de Pérez, o Poder “administrativo” do Estado.

Nas palavras de Gamba²⁰⁸⁷, é por meio dessa burocracia constituída pelos órgãos dependentes que se observa o desenvolvimento da máquina estatal de maneira organizada, de modo a racionalizar a administração pública. Possui como características a impessoalidade, previsibilidade, especialização e hierarquia²⁰⁸⁸.

A *impessoalidade* decorre da observância da própria lei, que deve ser aplicada em igualdade para todos, conforme preceituam os ordenamentos jurídicos ordinários. O cidadão que se utiliza do aparato burocrático estatal espera “ser

²⁰⁸⁶ “[...] a la par, la distinción entre Gobierno y Administración, y sus respectivas atribuciones. El Gobierno se configura constitucionalmente desde una doble vertiente: como órgano de gobierno y de dirección política del sistema político global, en tanto que impulsor y responsable de un programa político [...]; y como cúspide jerárquica y de dirección de la organización y la actividad administrativa - por medio de los Ministros -, en ejecución del programa que él impulsa y de la ley. [...] y a la Administración Pública, como conjunto de recursos humanos y materiales al servicio de la acción gubernamental, la efectiva ejecución y desarrollo de la voluntad político-pública conforme a la Constitución, la ley e el Derecho”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 114/5.

²⁰⁸⁷ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 256.

²⁰⁸⁸ “Essa hierarquia, considerada por alguns como um dos poderes administrativos, constitui um dos meios de controle administrativo porque dela decorre o princípio pelo qual agentes de grau superior têm o poder fiscalizatório e revisional sobre agentes de menor grau. Sendo assim, a Administração, através dessa via administrativa, exerce o controle de ofício ou provocado, de legalidade ou de mérito, prévio, concomitante ou posterior sobre suas próprias atividades. É o caso, por exemplo, em que o governador de um Estado tem o poder de fiscalizar a atuação de seus subordinados, revendo sua atividade de modo a adequá-la aos fins administrativos, seja porque foi ela contrária a alguma norma jurídica, seja porque há conveniência e oportunidade na revisão”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1021.

tratado de forma igual aos demais e, do outro lado, aqueles investidos com poderes estatais devem tratar todos os cidadãos sem caprichos ou favoritismos pessoais”. A ação do servidor público, agindo em nome do Estado, de modo impessoal, “pode ser equiparada à imparcialidade”.²⁰⁸⁹

A *previsibilidade* é determinada pelo exato e fiel cumprimento da normatização jurídica existente na execução das tarefas públicas, pois “nas democracias ocidentais, constitui ponto nevrálgico dos ordenamentos jurídicos a isonomia, isto é, a igualdade de todos perante a lei”, não sendo possível tratamento diferente para questões idênticas.²⁰⁹⁰

A *especialização* é a delimitação das tarefas públicas de modo ordenado e dividido por matérias, em um típico modelo fordista de produção em massa, buscando um aperfeiçoamento e uma rápida solução diante da repetição. “A última característica, a hierarquia, representa a divisão ordenada e escalonada dos poderes visando à eficiência pela possibilidade de decisão imposta de cima para baixo”.²⁰⁹¹

Essas características buscam racionalizar a atividade da máquina pública, tornando mais eficiente o serviço prestado de modo impessoal, previsível e devidamente organizado em funções que obedecem determinada hierarquia, “tentando ao máximo aproximar a atuação do Estado a uma máquina fria e racional, [...] além de uma possível insensibilidade com relação a causas particulares”.²⁰⁹²

Especificamente sobre a *hierarquia*, aduz Pérez que, ao lado da divisão de competências, ela seria um instrumento de limitação e controle da atividade estatal, podendo ser entendida como a ordenação de maneira gradativa por diversos órgãos diferentes de acordo com suas competências específicas, **subordinados** uns aos outros com o objetivo de coordenar a respectiva atividade, disciplinando os

²⁰⁸⁹ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 256-257.

²⁰⁹⁰ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 257.

²⁰⁹¹ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 257.

²⁰⁹² GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência**. p. 256-257.

próprios poderes e deveres.²⁰⁹³ A necessidade da hierarquia deriva da existência dentro do Estado de uma vontade que manda e outra vontade que deve **obedecer**, para garantir que ambas vontades ordenem e obedeçam de maneira organizada. "*Por ello, puede decirse que la jerarquia, es la sumisión de una voluntad a otra voluntad*", ou a obediência de uma autoridade em relação a outra de grau superior, de maneira **escalonada**, onde acima de todas elas estaria a autoridade suprema^{2094, 2095}.

Dessa forma, o Estado constitucional contemporâneo, formatado a partir da concepção de Montesquieu, separado por funções e divididos em órgãos a elas correspondentes, teve seu desenho **reconfigurado** depois do surgimento do **Estado social**, onde se observou um crescimento exponencial da quantidade de órgãos públicos que, em um juízo valorativo desenvolvido a partir de um **critério de exclusão** – se não eram legislativos nem jurisdicionais, eram, portanto, **executivos** –, foram verdadeiramente alocados **no Poder Executivo**, de maneira **hierarquizada** e **dependente**, assim como ocorria no Estado absoluto, cujas funções estatais eram todas **subordinadas** ao **soberano** – aparentemente, poder-se-ia dizer que, de certo modo e levando em consideração a abissal diferença existente na sociedade, notadamente diante da atual existência de parlamentos democráticos, nesse ponto houve um retrocesso no tocante à desconcentração de Poder.

Nesse **diapasão hierárquico e escalonado** dos **órgãos burocráticos**, ensina **Bobbio**²⁰⁹⁶ que, enquanto a teoria do positivismo jurídico considera o **direito** partindo do ponto de origem "**Poder**"²⁰⁹⁷, a doutrina do Estado constitucional – "de

²⁰⁹³ "Esa jerarquia se entiende, según el mismo profesor italiano Groppali, como el ordenamiento por grados de varios órganos diferentes de acuerdo con sus competencias específicas, subordinados los unos a los otros con objeto de coordinar su actividad en vista del fin unitario del estado, disciplinándose así los poderes y los deberes". PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 383.

²⁰⁹⁴ "La jerarquia significa la obediencia de una autoridad respecto de otra de grado superior. Por encima de todas está la autoridad suprema; luego, otras autoridades que tienen que obedecer a las superiores, con una esfera de competencia más limitada". PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 386.

²⁰⁹⁵ PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 383.

²⁰⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 250/2

²⁰⁹⁷ "El hecho de que el poder se manifieste en forma gradual, escalonada, tiene la misma explicación y justificación que ese elemento del estado, que es el poder". PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría**

direito” –, de modo inverso, considera o **Poder** tendo como ponto de origem do “direito”^{2098, 2099}

É possível, dessa maneira, traçar um paralelo entre a **pirâmide normativa** de Kelsen – “direito” – e a **pirâmide estrutural** dos órgãos do Estado – “Poder” –, ambas pautadas sob a égide da hierarquia.

Observando Kelsen, Bobbio aduz que, porquanto a norma fundamental teria como principal função o “fechamento” do sistema fundado no primado do direito sobre o Poder, a soberania teria a função de fechar o sistema fundado no primado do Poder sobre o direito.²¹⁰⁰ Em qualquer das duas hipóteses, seja pela norma fundamental ou pela soberania do “sumo poder”, concebe-se respectivamente o direito e o Estado como sistemas de normas ou de “poderes” – organicamente – dispostos em ordem hierárquica, ou seja, como sistema de diversos planos ou níveis que estabelecem entre si uma relação “superior-inferior” caracterizadora de **subordinação**, não um ao lado do outro, mas **um sobre o outro**, como as diversas camadas de uma **pirâmide**.²¹⁰¹ E para Kelsen, que leva às últimas consequências a redução do Estado à ordem jurídica, o Estado – mesmo organicamente organizado – nada mais é do que o conjunto de normas que são efetivamente observadas em determinado território²¹⁰².

Nesses termos, registra Bobbio que é possível concluir que o tema kelseniano sobre a **norma fundamental** é perfeitamente simétrico à temática central

del Estado. p. 383.

²⁰⁹⁸ “Para ilustrar esses dois pontos de partida opostos, que todavia conduzem ao mesmo ponto de chegada, recorro a dois escritores cuja autoridade no campo dos estudos de teoria direito e do Estado é indiscutível: Weber e Kelsen. [...] Mas seguem dois percursos opostos: o primeiro mobiliza a investigação daquilo que torna legítimo o poder (e é o direito), o outro, daquilo que torna efetivo o direito (e é o poder). (p. 240) [...] Trata-se de duas concepções que se remetem e se entrelaçam ao longo de toda a história do pensamento jurídico e são muito mais antigas do que leva a crer a sua recente formulação.” BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 241.

²⁰⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 246/7.

²¹⁰⁰ Essa dicotomia entre Poder e direito atravessou toda a história do positivismo jurídico, mas a controvérsia entre o governo das leis ou o governo dos homens remonta à antiguidade clássica. Vide: ARISTÓTELES. **A política**.

²¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 250/1.

²¹⁰² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 239.

do **Poder soberano do Estado** – divisão orgânica. Imaginando dentro dessa **pirâmide** degraus de uma escada, a teoria tradicional acerca da **soberania** descreve um conjunto de "**órgãos**" que se inicia na base, com **poderes inferiores**, em uma crescente, de Poder em Poder, até chegar ao **Poder soberano** que é o fundamento de todos os outros poderes, enquanto a pirâmide kelseniana, partindo das **normas inferiores**, chegará, igualmente, à **norma superior fundamental**, compreendida como o fundamento de validade de todas as outras normas jurídicas do sistema.²¹⁰³ A **primeira** escala hierárquica piramidal trata dos **órgãos** estatais, a **segunda** do **direito** estatal.

As duas escadas avançariam lado a lado, mas organizadas de modo que o **degrau superior** de uma corresponda ao **degrau imediatamente inferior** da outra. Para a teoria **normativa**, o degrau superior é necessariamente representado por uma **norma**, porquanto para a teoria **política** tradicional o degrau superior é sempre representado por um **órgão** de Poder. O que vai definir se a pirâmide vai terminar na norma fundamental ou no Poder soberano é o ponto de partida, escolhido por questão de oportunidade.²¹⁰⁴

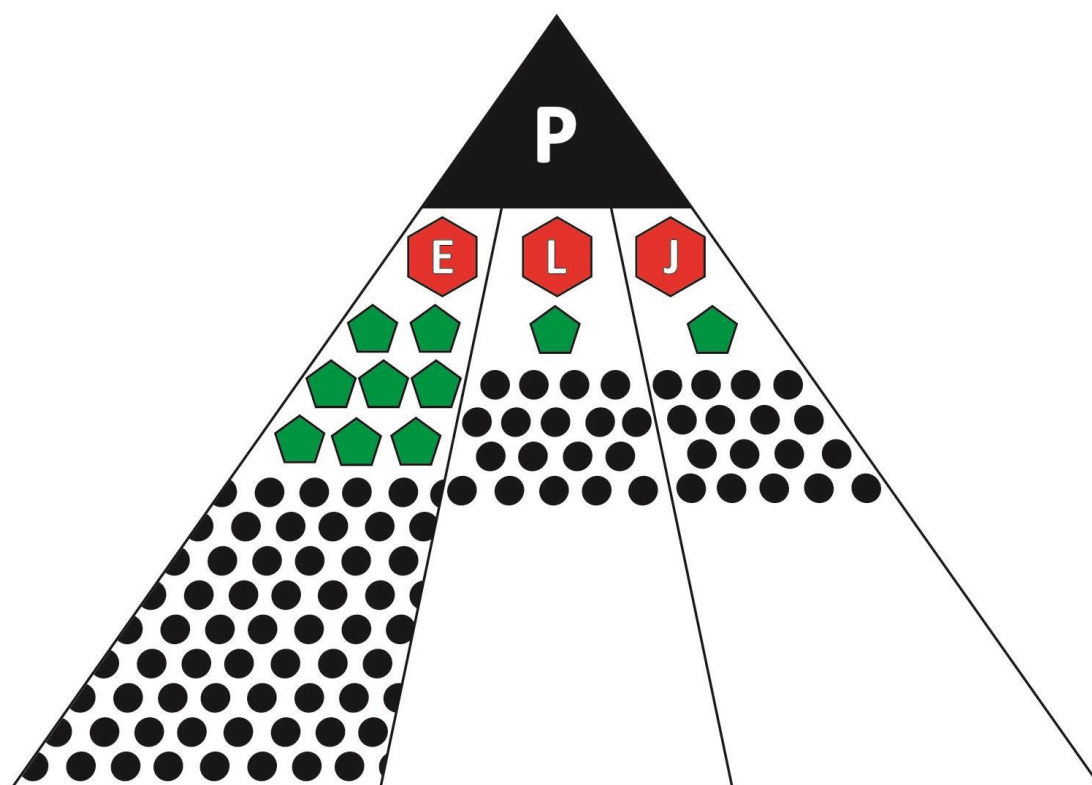
Dessa maneira kelseniana (**teoria política tradicional**), teríamos os **órgãos** do Estado distribuídos de maneira **piramidal hierarquicamente escalonada**²¹⁰⁵, obrigatoriamente com um **órgão inferior dependente** de outro **superior**, todos **segmentados** pela linha divisória das funções do Poder, até chegar ao **órgão supremo** de cada uma das funções, consistentes nos **poderes** Executivo, Legislativo e Judiciário:

²¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 251.

²¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 251/2.

²¹⁰⁵ "La jerarquía implica la existencia de un vínculo que ligue en forma escalonada a los órganos del estado, estableciendo la obediencia de los órganos inferiores respecto de los órganos superiores, que hacen valer su supremacía por medio de órdenes y por medio de la vigilancia de la autoridad de los órganos inferiores". PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 386/7.

GRÁFICO 8: Estado na visão piramidal-escalonada



Nessa senda, do ponto de vista institucional, conforme ressaltado, a transição do Estado liberal para o social e o democrático no decorrer dos séculos anteriores foi caracterizado por um **processo de acolhimento** e de **regulamentação** das várias demandas provenientes da burguesia em ascensão²¹⁰⁶, ou seja, retirados da esfera particular para a esfera pública, e no campo da **prestação de serviço** não foi diferente, formando um arcabouço estatal de **órgãos** públicos subalternos **dependentes** do **Poder Executivo**, povoando imensamente o primeiro quadrante situado ao lado esquerdo da imagem.²¹⁰⁷

²¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. p. 256.

²¹⁰⁷ “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter também de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia, e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 499.

É possível vislumbrar na pirâmide “kelseniana” organicamente constituída que no topo se encontra o **Poder** do Estado, separado logo abaixo em três **funções** e dividido em **órgãos** de Poder político, e a partir desses ramos de Poder os **órgãos imediatos** e os demais **órgãos públicos subalternos dependentes** atuantes dentro das linhas funcionais claramente demarcadas²¹⁰⁸. Esse é o desenho estrutural básico do Estado contemporâneo, formatado a partir das premissas obtidas na sociedade agrária pré-moderna e nele inseridos outros **órgãos públicos “dependentes”** emergidos após o Estado social do século XX, sedimentados em visão escalonada e piramidal sob as estruturas estatais.

O “**Poder burocrático**”, representado pelos **órgãos subalternos** administrativos, está total e plenamente **submetido** ao **Poder Executivo**, de modo **hierarquizado**, representando uma leitura distorcida sobre a estrutural estatal a partir da ótica da separação das funções e divisão dos poderes.

7.4.3 Visão orbital-adequada: emersão dos “Órgãos Orbitais”

A partir de uma visão piramidal escalonada do arcabouço estatal separado organicamente por funções (acima destacado), inicialmente se dividiu o Estado em Poder Legislativo, composto pelos respectivos parlamentos. Depois foi sedimentado o Poder Judiciário, responsável pelo exercício da Jurisdição estatal monopolizada. Por “último”, o Poder Executivo, e lastreado em um **critério residual** de **exclusão**, todo **órgão público** que não desenvolvesse atividade de formação da *legis latio* ou da Jurisdição estaria dentro do **Poder Executivo**, como se a burocracia estatal estivesse ao arbítrio do soberano, de maneira semelhante ao vislumbrado durante o absolutismo monárquico²¹⁰⁹ - em alguns momentos históricos, mesmo

²¹⁰⁸ Conforme, inclusive, delineado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1800 durante o julgamento do caso *Kilbourn vs. Thompson* – decisão judicial que se expõe aqui de modo a ilustrar a narrativa sobre a visão piramidal, mas sem o condão de efetivar qualquer marco teórico sobre a interpretação da organização estatal a partir dela. E porque foi justamente por meio dessa mesma Suprema Corte estadunidense que se iniciou o judicial review, permitindo posicionar o Poder Judiciário como **órgão político relevante** do Estado. Decisões, portanto, que tiveram a capacidade de influenciar o desenvolvimento do Estado e da Jurisdição na idade contemporânea. *U.S. SUPREME COURT. Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168 (1880)*.

²¹⁰⁹ “Em relação a elas a ideia é sempre residual: onde não há criação de direito novo ou solução de

após o advento do Estado moderno e da separação de poderes, até mesmo o Poder Judiciário foi considerado organicamente hierarquizado abaixo do Poder Executivo²¹¹⁰.

Os novos desafios do Estado moderno intensificaram a complexidade das atividades do Estado, ampliando as competências e áreas de atuação política de Executivo e Legislativo, assim como do conteúdo das decisões judiciais. Mas a burocracia estatal cresceu em uma proporção ainda maior.²¹¹¹

Nesse campo, **Ferrajoli** registra que a **desconformidade** da teoria da separação de poderes se mostra de maneira absoluta em relação ao Estado como o observamos contemporaneamente, primeiramente no plano **descritivo**, tendo em vista a proximidade dos sistemas políticos que possibilitam que o governo obtenha confiança do parlamento e a relação entre Executivo e Legislativo deixa de ser independente e harmônica para se tonar “coparticipativa”. Mas é também inadequada especialmente no campo **axiológico** diante da enorme quantidade de funções públicas existentes e não assinaladas ou inteiramente classificadas dentro da tripartição montesquiana. É nesse segundo ponto que está sedimentada a narrativa abaixo, notadamente, a partir dessa reflexão, ao expor, primeiramente, a diferença entre o **Poder político relevante** do Estado e o **Poder burocrático** do Estado, diante da qual, posteriormente, será possível transcender a atual visão **piramidal hierarquicamente escalonada** para sedimentar uma visão **orbital independentemente adequada** do arcabouço orgânico estatal.

Especialmente a inserção dos órgãos públicos administrativos de maneira desmedida e imponderada “**dentro**” do Poder Executivo acabou por formatar o Estado constitucional contemporâneo de maneira desajustada e incoerente com a

conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 4.

²¹¹⁰ “Poder Judicial: en definitiva, un conjunto orgánico subordinado al ejecutivo y una función jurisdiccional independiente mientras no afecta a sus líneas políticas”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 122.

²¹¹¹ “Al efecto ya no caben, por tanto, justificaciones de dichas atribuciones basadas en motivos meramente históricos o de oportunidad política”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 47.

estrutura estatal vislumbrada após a decadência do absolutismo monárquico²¹¹². A manutenção de órgãos públicos de modo **hierarquizado** ao Poder Executivo é algo absolutamente incongruente e que não encontra respaldo sequer nos preceitos originais da teoria da separação de poderes, demonstrando que essa concepção escalonada é **inadequada** quando se espera que a atividade pública esteja submetida unicamente ao império da **lei** e não às vontades do **soberano**, sejam elas derivadas das políticas públicas do “governo” ou pautadas sob o “interesse público geral”, categorias que comportam incontáveis definições.

Por isso, acrescenta Ferrajoli que, apesar da conceituação tradicionalista da burocracia estatal definir todo órgão administrativo como integrante do **subsistema do Poder Executivo de modo hierarquizado**²¹¹³, uma grande parte das funções administrativas desenvolvidas a partir do Estado social não são de fato funções de “governo”, mas sim funções de “garantia” cujo exercício, aos moldes do que ocorre com a função judicial, consiste na aplicação de seus pressupostos legais, exigindo não a dependência e o controle, mas sim, ao contrário, **independência** com relação às funções de governo e do próprio Poder Executivo para possibilitar a estrita observância do **ordenamento jurídico**. Em igual sentido destacou Häberle, afirmando que diversos desses órgãos que emergiram no Estado social podem ser considerados como “**instâncias independentes**”, cuja natureza jurídica se aproxima da dos tribunais, e de maneira alguma podem ser dirigidos pelo Poder Executivo.

Acompanhando o espírito da teoria da separação preceituado por Montesquieu, o verdadeiro Poder Executivo é o correspondente à dimensão **política** da função executiva, situado no alto escalão democrático, e não na **burocracia** estatal, que estaria sedimentada dentro da dimensão social da função executiva e

²¹¹² Por isso, foi criado na Suécia a figura do ombudsman, conforme leciona Figueira Jr.: “*Ombudsman*: O método que consiste na prevenção ou solução de conflitos por intermédio da figura do ouvidor encontra sua origem na Constituição da Suécia, de 1809, passando a ser mais conhecido e difundido após a Segunda Grande Guerra, com a implementação da doutrina do bem-estar social com a intervenção do Estado na prestação de serviços à população, de maneira a limitar a liberdade individual e a iniciativa privada, dando causa ao aumento de burocracia, da discricionariedade da administração pública e, com isso, ao paulatino descontentamento das pessoas”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 75.

²¹¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. p. 120.

seria extensiva aos demais órgãos administrativos. A primeira conteria funções executivas de Poder, de governo político, enquanto a segunda as funções executivas de administração, de funcionamento da máquina pública. Em outras palavras, alguns órgãos públicos exercem **função executiva**, mas **não** pertencem ao **Poder Executivo**. São órgãos **do** Estado, *lato sensu*, em contraponto aos órgãos **de Poder do** Estado *stricto sensu*. Assim, teríamos de um lado o “**Poder político**”, e, de outro, o “**Poder burocrático**”, situados no Estado em organismos e plano organizacional distintos.

A diferenciação entre “Poder político” e “Poder burocrático” pode ser encontrada na origem na própria teoria desenhada por Montesquieu. Para ele, eram **poderes políticos** do Estado apenas **Executivo** e **Legislativo**, mas não o Judiciário, apesar da existência do órgão de maneira independente e da importância da função jurisdicional para o Estado constitucional.

O **Judiciário** foi considerado por ele como um órgão nulo, a mera boca da lei, não exercendo nenhuma influência positiva no **sistema** de freios e contrapesos, justamente porque o **núcleo**²¹¹⁴ político da **função jurisdicional** não foi a ele outorgado, diante das circunstâncias históricas – a função jurisdicional separada da função executiva era o diferencial da teoria, mas não o órgão Judiciário enquanto Poder do Estado. Não detinha o Judiciário o Poder de **estatuir** ou **impedir** os demais Poderes políticos, restando limitado a repetir as palavras da lei no julgamento de crimes e das querelas entre os particulares.

Possivelmente estaríamos tratando ainda hoje o Judiciário na condição de Poder burocrático se não fosse a evolução nascida nos Estados Unidos, por meio do instituto da **judicial review**, com o reposicionamento dele na esfera de Poder político do Estado – a visão estadunidense acerca da separação dos poderes sempre foi distinta da francesa, mas esta acabou preponderando e influenciando a maior parte dos Estados contemporâneos ocidentais, que cresceram utilizando um

²¹¹⁴ A jurisdição estava destinada à resolução dos conflitos privados e da aplicação da lei penal, mas politicamente não era permitido ao Judiciário exercer o controle dos atos do Poder Executivo ou da lei elaborada pelo Poder Legislativo.

modelo “europeu” de organização.

Assim, como é possível perceber, nem mesmo a própria teoria da separação dos poderes de Montesquieu cuidou dessa parcela do “**Poder burocrático**” estatal (hoje denominada como “**administrativa**” pela doutrina), salvo pontualmente com relação ao “Judiciário” e somente para retirar a função jurisdicional das mãos do monarca, justamente porque nela não se encontra o núcleo do “**Poder político**”; e há absoluta lógica nisso, pois **não** é por meio da separação das funções “**burocráticas**” do Estado ou da divisão dos órgãos públicos verticais “**dependentes**” se que se evitará a “**tiranía**”²¹¹⁵. E a teoria assim se desenvolveu não apenas diante do fato da maior parte desses órgãos dependentes não existirem naquela época, mas especialmente porque a separação de poderes trata, na própria terminologia da expressão, da separação e divisão objetivando formar um **sistema de freios e contrapesos** dos **poderes políticos relevantes** do Estado, e **não** de toda a estrutura **burocrática** estatal – prerrogativas de estatuir e impedir não disponíveis aos órgãos dependentes.

Retornando ainda mais às **origens** da separação dos poderes, Aristóteles destacou as principais funções e poderes existentes em todos os governos necessários à existência da “cidade”, apontando que enquanto alguns cargos seriam de exercício comum, outros destinados a apenas determinadas pessoas, notadamente com relação aos cargos políticos encontrados nos três poderes essenciais de cada Estado. Os cargos de **Poder político** estavam concentrados nos membros da **assembleia**, nos **magistrados governamentais** e nos **juízes**, evidenciando, dessa forma, a diferenciação entre o “Poder político” relevante e o

²¹¹⁵ Por certo esses órgãos podem ser utilizados como instrumento da tirania – vide, por exemplo, o papel das forças armadas nas ditaduras modernas. Mas eles não precisam estar dispostos na teoria da separação de Poderes, porque todo o Poder político do Estado é “gerenciado” e controlado pelos órgãos supremos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Os órgãos supremos, por sua vez, além de se contralarem mutuamente, controlam igualmente os órgãos dependentes, sejam por meio da delimitação da atuação, de acordo com o princípio da legalidade, seja pela atividade jurisdicional de controle ou mesmo os comandos executivos permitidos por lei para a consecução das políticas públicas.

“Poder burocrático” do Estado.²¹¹⁶

A diferenciação entre “**Poder político**” e “**Poder burocrático**” também é observada na leitura contemporânea da separação dos poderes. Por exemplo, já considerando a existência dos órgãos “**dependentes**” além dos órgãos “**supremos**”, Kelsen, Zippelius e Häberle – assim como grande parte da doutrina – fazem nítida distinção entre a atividade política e a burocrática do Estado, tomando como ponto de partida a função executiva²¹¹⁷, que estaria subdivida ao menos em função “**governamental**”, ápice do Poder Executivo e responsável pela tomada de decisões políticas do Estado, e “**administrativa**”, voltada à direção dos órgãos públicos, “lugar” em que os fins do Estado são externados na prática.

Kelsen e Grau também diferenciaram a atividade **política** do Estado ao identificar dentro das funções um **núcleo** indelegável e reservado aos órgãos de Poder político do Estado, como se observa na função normativa identificada por Grau, que detém um núcleo denominado função legislativa de competência exclusiva do Poder Legislativo, e na função jurisdicional de controle de conformidade das leis, dentro da função de aplicação do direito, a cargo único do Poder Judiciário, de acordo com o demonstrado por Kelsen. São dois exemplos que permitem, em conjunto com o exposto sobre o desenvolvimento da atividade estatal por meio dos seus órgãos “governamentais e administrativos”, estabelecer o que é, nas palavras de Zippelius, o “**Poder político**” relevante do Estado, em contraposição ao que é o “**Poder burocrático**” do Estado.

Nesse espectro, Canotilho e Rangel desenvolveram substantivas teorias de controle para o Poder político do Estado contemporâneo ao tratarem do **núcleo** essencial e material das três clássicas funções políticas do Estado. Canotilho asseverou que o critério distintivo de manutenção e preservação do núcleo essencial da função é o que assegura a interdependência das atividades públicas entre os

²¹¹⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 60-70.

²¹¹⁷ “Sin embargo, se ha de distinguir según que se esté ante actividad gubernamental o meramente administrativa”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 133.

órgãos supremos do Estado sem que haja desnaturalização da separação entre os poderes. Rangel, por sua vez, concluiu que a reserva do núcleo material das respectivas funções pode ser denominado atualmente como a nova “separação de poderes” – o núcleo da função jurisdicional será abordado no capítulo oito.

Portanto, o “**Poder político**” relevante do Estado estaria identificado no **núcleo** essencial das funções separadas para o exercício do Poder estatal, consistente na atividade executiva, legislativa e jurisdicional que não puder ser **delegada** ou **transferida** sem que haja **usurpação** de um Poder por outro, salvo exceções que serviriam tão somente para ampliar, e não reduzir, o sistema de freio de contrapesos ou a garantia das liberdades públicas – nesse caso, estaríamos tratando também de Poder político relevante.

A parcela funcional **não** inserida no núcleo das funções executiva, legislativa e jurisdicional de exercício exclusivo dos três Poderes orgânicos do Estado pode ser chamada de “**Poder burocrático**” do Estado, consistente em atividades de Poder político “não relevante” e distribuídas entre os **órgãos públicos** em geral – exercido também pelos órgãos de Poder político (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais não se limitam ao exercício do núcleo essencial de cada função; o núcleo representa apenas o Poder político, e não a delimitação da respectiva atuação.

Essa distribuição de funções em uma maneira ampla por todos os órgãos estatais, em verdade, não consiste em nenhuma novidade; talvez ela não seja compreendida em sua plenitude diante do **desenho estrutural hierárquico** adotado pelo Estado moderno, por ter elegido a separação de poderes como uma **barreira dogmática intransponível**, com **linhas demarcatórias estanques e plenamente definidas** entre as funções²¹¹⁸, e não tenha conseguido enfrentar adequadamente a revolução social do início do século XX que acarretou a sua **hipertrofia orgânica** de maneira hierarquizada.

²¹¹⁸ U.S. SUPREME COURT. *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880).

Sem embargo, Dallari ensina, nesse campo, que a separação de poderes foi proposta no século XVIII de maneira sistemática para a desconcentração do Poder político com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mas após esse período de conquista dos direitos de primeira dimensão a teoria montesquiana se desenvolveu e se adaptou às novas concepções, pretendendo também que à separação fosse agregado o **objetivo** de aumentar a **eficiência** do Estado, “pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados”. Não obstante, de acordo com destacado pelo autor, essa última ideia emergiu apenas no final do século XIX, quando já estabelecido o **dogma** da separação de poderes como algo intocável, “como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos”, o que contribuiu para a **indevida formatação hierarquizada dos órgãos administrativos** do Estado contemporâneo²¹¹⁹ – naquela **visão piramidal**.

Nesse contexto, Pasold aduz que, a partir dos ensinamentos de Dallari, é possível concluir que a divisão de poderes apresenta uma dupla opção envolvendo o Poder estatal. Enquanto a preocupação é **proteger** a liberdade dos indivíduos, ela emerge como **separação orgânica de poderes**; porém, quando se ignora o aspecto de Poder, ela surge como **função**, procurando aumentar a **eficiência** do Estado, organizando-a adequadamente para o desempenho das respectivas atribuições²¹²⁰ – Canotilho também abordou o tema. E complementa, reportando-se às palavras de Dória, destacando que a separação de poderes é bastante diversa em relação à distribuição de funções, pois pode “haver função sem poder, mas nunca Poder sem função”. Os **poderes** são **separados** para a maior garantia da **liberdade**; as **funções** são **distribuídas** de acordo com a natureza da atividade e das atribuições, com o fito de que “sejam exercidas com menor dispêndio de forças, e maior **eficiência** prática, com menos desacertos nas deliberações e mais a tempo e a hora nas aplicações”²¹²¹ – Rangel também se manifesta em sentido semelhante.

A partir dessa diferenciação trazida por Pasold entre o exercício das

²¹¹⁹ DALLARI, Dalmo de abreu. **Teoria do Estado**. p. 213.

²¹²⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 48.

²¹²¹ DÓRIA, Sampaio. O Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1962. v. 1. Tomo 1. p. 275-278. *Apud*: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 47. Sem negrito no original.

funções (burocráticas) e do **Poder (político)**, é possível também acrescentar, analogicamente, elementos diferenciadores do “Poder político” relevante e do “Poder burocrático” do Estado. Apesar da diferenciação terminológica, inexistente diferenciação conceitual substancial; são termos distintos que conduzem, em sentido amplo, à uma mesma conclusão: **função** = Poder **burocrático**; **Poder** = Poder **político** relevante.

Porém, não se está dizendo que os órgãos “dependentes”, no exercício de funções burocráticas, não exercem certa forma de Poder estatal, ao contrário, até porque o Poder, do ponto de vista funcional e orgânico, foi, em linhas gerais, separado em funções, dividido em órgãos e repartido em competências. Toda a manifestação do Estado é, por assim dizer, uma maneira de externar o Poder. Mas o que se observa na manifestação dos órgãos “administrativos” do Estado não trata de “Poder político” **relevante**, mas sim de “Poder **burocrático**” (ou Poder político “não relevante”), muitas vezes em forma de mera prestação de serviço público²¹²², conforme ensina Carvalho Filho²¹²³.

Não se pode olvidar, também, nessa distinção entre “Poder político” relevante e “Poder burocrático”, que grande parte dessa base estrutural burocrática orgânica contemporânea do Estado é **serviço** que pode ser assumido pelo particular, tanto que algumas atividades necessitam de substrato constitucional e lei específica para serem consideradas monopólio estatal. Além dos serviços essenciais do Estado, existem inúmeros outros de amparo e substituição da atividade privada, como, por exemplo, comunicações, economia, educação, assistência e previdência social. Sua existência e quantidade estão determinadas pelos interesses sociais protegidos e pelas possibilidades materiais disponíveis em cada Estado, prestados de maneira supletiva à iniciativa privada, devendo existir quando indisponível ou

²¹²² “Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia)”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 11.

²¹²³ “Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido governo e administração, e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 11.

quando insuficiente em sociedade²¹²⁴.²¹²⁵

Essa percepção delineada sobre a diferença entre o “**Poder político**” relevante e o “**Poder burocrático**” é que permite um olhar diferenciado sobre a estrutura organizacional do Estado. No tópico anterior desse capítulo, foi construída uma narrativa indicando que a visão sobre o arcabouço administrativo estatal poderia ser considerada **piramidal escalonada**, com **hierarquização** dos órgãos tendo como ápice o “chefe do Poder Executivo”; com a **divisão** entre o “**Poder político**” relevante e o “**Poder burocrático**” delineada no presente tópico, e de acordo com todos os preceitos doutrinários expostos anteriormente, a presente proposta busca uma **alteração** dessa visão “piramidal escalonada”, para a tornar “**orbital adequada**”. Isso não implica, de nenhuma maneira, em uma modificação da teoria do Estado, muito menos em qualquer abandono dela, ainda que parcial, mas simplesmente uma complementação para demonstrar ser possível a um órgão dependente exercer, além de funções **executivas “burocráticas”**, também função **jurisdicional “burocrática”** de modo independente, especialmente aproveitando inúmeros órgãos públicos hoje existentes no Estado, para a formação de uma Jurisdição Plural – que é o cerne na presente pesquisa: “ampliação de órgãos jurisdicionais do Estado”.

Antes de apresentar a visão orbital adequada, algumas considerações sobre os órgãos públicos atualmente existentes e a sua correlação com a divisão entre “Poder político” relevante e “Poder burocrático” precisam ser traçadas.

Inicialmente, quando se pretende “adequar” a atividade de alguns órgãos públicos para os tornar “independentes” em relação ao “Poder Executivo”, mesmo desenvolvendo atividade estatal executiva, de nenhuma maneira se ignora que nessa estrutura existem incontáveis órgãos **realmente “dependentes”** e

²¹²⁴ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. p. 307/8.

²¹²⁵ “La parte fundamental de la autoridad es el Gobierno, y a su vida y desarrollo se ha de enfocar en primer término la actividad de los gobernantes. Después de asegurada la vida y la autoridad del Gobierno, se desarrollarán los servicios públicos en la justa medida de las posibilidades del Estado para crearlos y sostenerlos”. PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. p. 308.

devidamente alocados de maneira **hierarquizada** abaixo dos poderes do Estado, notadamente do Poder Executivo, submetendo-se não somente às leis, mas também aos **comandos e dirigismos** da autoridade “superior”. Isso é, a atividade desses órgãos continuará sendo amplamente observada notadamente na consecução de políticas públicas governamentais, mas essa atividade encontra legitimação e limite no ordenamento jurídico, e não na vontade do soberano; qualquer discricionariedade deve ser expressamente autorizada por lei.

Mas independentemente desses órgãos, outros²¹²⁶, conforme ressaltado acima, nas palavras de Häberle, foram constituídos com competências e atribuições determinadas para o exercício de tarefas limitadas e **não dependentes**, alguns inseridos no quadro de equilíbrio do Poder político relevante, e neles a primazia do direito e a observação da constituição como ordem jurídica fundamental se manifestam exclusivamente sob o auspício de **fundamentos jurídicos** – órgãos de “garantia”, na visão de Ferrajoli.²¹²⁷

Esses órgãos são delineados a partir do estabelecimento de **competências jurídicas** entre os agentes do Estado, definidos e circunscritos pelas próprias normas diante das exigências de uma organização estatal intrincada, seguidora de leis e regulamentos cada vez mais numerosos, que internamente disciplinam suas atividades e externamente delimitam seus poderes, deveres, tarefas e incumbências para a prestação do serviço público perante a sociedade.²¹²⁸

Quando um órgão administrativo obedece ao comando de um regulamento “executivo”, por exemplo, essa normatização advém ou da função

²¹²⁶ “Quem quer que cumpra uma função determinada pela ordem jurídica é um órgão”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 277.

²¹²⁷ “Por el contrario, en ocasiones la estructura jurídica del Estado le obliga a desarrollar sus actividades dentro de determinada esfera, de acuerdo con los órganos cuyos lineamientos se fijan en ese mismo orden jurídico; no queda al arbitrio del Ejecutivo el formalos, sino que el orden jurídico mismo ya establece sus lineamientos disponiendo que ese órgano inmediato del Estado tiene que ser auxiliado por órganos mediatos, cuya estructura e índole, precisa el mismo orden jurídico, son los órganos mediatos necesarios”. PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 383.

²¹²⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 154.

normativa²¹²⁹ genericamente existente no Estado ou da função legislativa de exercício exclusivo do Poder Legislativo, mas tanto uma quanto outra encontram limites legislativos e principalmente constitucionais, de observância obrigatória, e que se não forem cumpridos espontaneamente devem sofrer controle jurisdicional, nesse ponto, pelo Poder Judiciário, detentor do núcleo da função jurisdicional estatal. Por isso, é possível afirmar que parcela desses órgãos administrativos têm atividade condicionada unicamente ao **ordenamento jurídico**, de acordo com atribuições e competências estabelecidas, e **não** ao livre arbítrio e dirigismo do governante.²¹³⁰

Apontar, diante do atual formato do Estado contemporâneo, que não há diferença entre “**Poder político**” relevante e “**Poder burocrático**”, e que todos os órgãos administrativos do Estado “**pertencem**” ao Poder Executivo de maneira **hierarquizada**, pautados sob uma atividade **dirigida**, desvinculada da observância de limites negativos e requisitos positivos constitucionais e legais, tornaria o Executivo um **superpoder**, que nenhum freio ou contrapeso poderia controlar – ainda que esse dirigismo adviesse do Executivo somente para disciplinar a parcela da atuação discricionária de todos os órgãos públicos.²¹³¹

Na prática, o Executivo teria o Poder **absoluto** do Estado, pois, à exceção dos parlamentos e tribunais, todos os demais órgãos, considerando que exerceriam funções tidas como “executivas”, estariam sob o **controle do governante**, podendo ele, se assim desejasse, sob o manto da “discricionariedade”, “interesse público” e “política de governo”, eventualmente descumprir leis e desobedecer pronunciamentos judiciais sem que existisse qualquer outro órgão público que o impedisse ou em quantidade suficiente para os fiscalizar. As forças armadas, por

²¹²⁹ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 212.

²¹³⁰ “Mas desde o final da segunda guerra mundial, mesmo onde o Estado social encontra dificuldades, tem-se progredido para um Estado de Direito material, assente no primado dos direitos fundamentais e na afirmação de um princípio de constitucionalidade das leis e de todos os atos do poder público, a acrescer ao princípio da legalidade da atividade administrativa, garantida por meio de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 51.

²¹³¹ A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 11.

exemplo, poderiam “legitimamente” realizar uma intervenção militar no Estado a partir do comando do chefe do Executivo se não fosse obrigada a, antes disso, observar a constituição e a legislação pertinente à execução de suas funções essenciais, restando claro que a obediência dela, no tocante ao cerne da sua atividade, não é ao governante, mas sim ao ordenamento jurídico.²¹³²

Dessa forma, diante de todo esse contexto, com inúmeras variantes, é possível concluir, em relação aos órgãos “administrativos”, que:

a) Há uma nítida **separação** entre os órgãos estatais que exercem as funções enquanto “**Poder político**” e os órgãos que exercem as funções enquanto “**Poder burocrático**” – extrai-se da clássica divisão doutrinária entre “**governo**” e “**administração**”, apontada amplamente na doutrina, ou naquilo que Pasold diferenciou entre Poder e função.

b) O “Poder político” relevante do Estado é de exercício exclusivo dos órgãos **supremos** do Estado, identificado no núcleo de cada uma das funções – Kelsen e Grau;

b) Os órgãos públicos administrativos emergidos especialmente desde o surgimento do Estado social são tradicionalmente inseridos na estrutura estatal a partir de um **conceito de exclusão**: se são três as funções do Estado, e eles não se amoldam perfeitamente ao que se entende na visão montesquiana por legislação e Jurisdição, então seriam eles “**executivos**” - Ferrajoli;

c) A grande parte desses órgãos foi **indevidamente** alocada **hierarquicamente** abaixo da cúpula do Poder Executivo, conforme resquício do Estado absoluto que concentrava todo o arcabouço estatal nas mãos do monarca –

²¹³² “Por outro lado, importante ressaltar que o emprego das Forças Armadas fora das hipóteses de intervenção, de estado de defesa e de estado de sítio deve estar inscrito em limites constitucionais e legais que não podem ser desconsiderados”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADI 6457/DF**. Liminar Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2020.

Ferrajoli e Häberle;

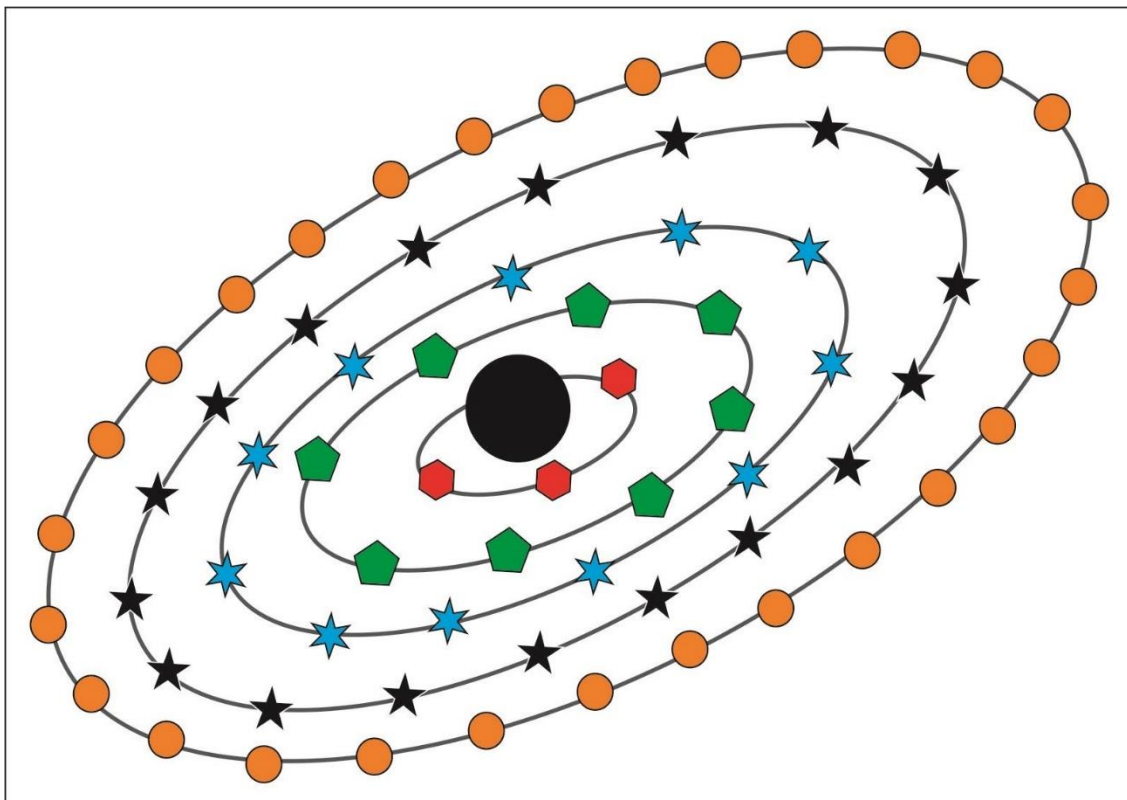
d) Esses órgãos burocráticos **não** exercem Poder político “relevante” do Estado, apesar de poderem excepcionalmente exercer Poder político ou pontualmente ter condição de influenciar o Poder político relevante do Estado, especialmente perante o Poder Executivo – Zippelius e Ferrajoli;

e) Os órgãos considerados “**instâncias independentes**” exercem “Poder jurídico” e excepcionalmente “Poder político”, possuindo natureza jurídica semelhante a dos tribunais – Häberle e Ferrajoli;

f) Esses órgãos formam, em sua grande maioria, a **burocracia** do Estado, desprovidos de “Poder político” relevante, vinculados ao ordenamento jurídico, tanto com relação à competência quanto ao conteúdo da atividade desenvolvida.

Assim, a partir de uma releitura da forma como o arcabouço estatal pode ser atualmente visualizado, transcendendo a visão **piramidal-escalonada** (abordada no tópico anterior), desenvolvida sob a égide “kelseniana” de identificação e submissão do órgão inferior com o superior, para a visão **orbital-adequada**, desenvolvida a partir de critérios de **adequação** da **competência** disposta no **ordenamento jurídico**, teríamos uma estrutura organizacional desenhada da seguinte maneira – em contraponto à pirâmide anteriormente exposta:

GRÁFICO 9: Estado na visão orbital-adequada



No **centro** do sistema está o **Poder** do Estado, e **não** no ápice da pirâmide – como se verificou no modelo piramidal-escalonado. O sistema seria constituído por **subsistemas** (como se fossem órbitas), cuja repartição e coordenação ordenada das **competências** estatais seriam dimensionadas pela **constituição**, instruídos por procedimentos **cooperativos** em uma distribuição de funções organicamente **adequadas**, nos termos propostos por Zippelius (e adaptados à proposta). O sistema como um todo se desenvolveria por meio de órgãos funcionalmente adequados – ligação *material funcional* ao escopo *formal orgânico* –, no exercício de tarefas públicas de modo **desconcentrado**, em uma ordenação controlante-cooperante de funções sedimentadas por um critério de justeza funcional, acompanhando preceitos constitucionais, como apontado por Canotilho.

No **primeiro** subsistema, ou na primeira órbita, estariam os **órgãos de Poder do Estado**, detentores e responsáveis pelo exercício do “**Poder político**” relevante, nas funções de governo, garantias e jurídicas, assim como da direção política geral do sistema político global do Estado.

Cada órgão desempenharia uma função **preponderante**, mantendo reservado de modo exclusivo o respectivo **núcleo**²¹³³ do Poder²¹³⁴, todos girando em torno do centro do Poder estatal de maneira harmônica, exercendo um o **controle** sobre o outro, de acordo com a clássica teoria da separação de poderes – *check and balances*^{2135, 2136}. O sistema observaria, assim, os três modelos de controle propostos por Canotilho: de balanceamento (*check and balances*), da justiça funcional (ou justeza funcional) e do núcleo essencial.

Seus órgãos são os **parlamentos** – com todos os cargos eletivos –, no **Legislativo**; **juízes e tribunais**, no Judiciário (Jurisdição una); **chefe de Estado e**

²¹³³ “[...] *al núcleo de las funciones correspondientes a los otros Poderes*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 126.

²¹³⁴ “*En esta tarea, la versatilidad histórica de la división de poderes mantiene, creemos, su núcleo esencial como instrumento de control del poder y de garantía de la libertad, sin perjuicio de reconocer su precariedad para resolver, desde sus postulados más clásicos, tales necesidades e intereses en juego. Consecuentemente habrá que partir de las diversas formas en que hoy se manifiesta la división de poderes para, sin renunciar a ninguna, potenciar aquella que permita una mejor optimización de los presupuestos constitucionales del Estado social y democrático de Derecho*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 44.

²¹³⁵ “É por esse motivo que se pode afirmar que os juízes - e é aí que reside a sua especificidade - constituem o poder mais universalizável, mas também o mais universalizante, dos três poderes descritos por Montesquieu. Detenhamo-nos um instante sobre estes factores de universalização próprios da função judicial, que poderemos agrupar em torno de duas características do trabalho dos juízes: a sua posição relativamente ao poder político, por um lado, e as restrições do julgamento, da tomada de decisão, por outro. [...] A sua situação muito peculiar no seio do Estado facilita, quiçá exige, estes intercâmbios, uma vez que a sua posição na repartição dos poderes, com todas as cambiantes e diferentes formas que esta pode assumir, é comum a todos eles: positivamente, os juízes comungam de uma mesma independência e, negativamente, não exprimem vontade própria. O poder judicial não é decisionista nem discricionário. Contrariamente aos dois outros poderes, os juízes não podem, de facto, exprimir uma vontade própria mas apenas limitar-se a determinar com rigor a vontade contida nos documentos legais que interpretam”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 104/5.

²¹³⁶ “[...] o outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no processo equilibrante entre os órgãos estaduais, processo este que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo”. PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. p. 202.

governo e a **alta cúpula** formada pelos ministérios existentes dentro do Poder Executivo^{2137, 2138} Dentro dessa órbita, que acomoda os órgãos que exercem “**Poder político**” relevante, também há outros órgãos “dependentes” eminentemente burocráticos e que estão diretamente vinculados ao exercício da atividade interna de cada órgão de Poder, observados no esquema organizacional, por serem dependentes, como satélites, e não como organismos desconexos e autônomos.

Na **segunda** órbita surgiriam as “**instituições independentes**” preconizadas por Häberle, de extrema importância em um Estado constitucional, as quais, apesar de exercerem excepcionalmente Poder político, **não** estariam localizadas na órbita principal, no núcleo do “Poder político” relevante do Estado – a segunda órbita seria uma espécie de órbita neutra, *sui generis*, **intermediária** entre o “Poder político” relevante e o “Poder burocrático”.²¹³⁹ Algumas dessas instituições desenvolveriam funções de garantia, no exercício do Poder jurídico organizado, de acordo com o demonstrado por Ferrajoli, de maneira independente, aproximando-se da natureza jurídica dos tribunais, inclusive com Poder para pontualmente interferir na esfera política do Estado, não exatamente com as faculdades de *estatuir* ou *impedir*, naquele modelo proposto por Montesquieu, mas sim, por intermédio de mecanismos jurídicos adequados, estarem legitimados a instar os poderes a observar os comandos constitucionais.

Por isso, apesar da importância das “instituições independentes”, a sua existência **não** seria exatamente condicionada, de maneira direta, a distribuir ou a concretizar um *sistema de freios e contrapesos* aos poderes do Estado – certamente

²¹³⁷ “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

²¹³⁸ Incluindo as cortes administrativas e seus integrantes no modelo de Jurisdição dual, ou outros Poderes políticos em uma classificação pentapartite

²¹³⁹ Häberle diz que as “instituições independentes” deveriam ser inseridas no quadro dos órgãos “supremos”, pois também seriam responsáveis pela desconcentração do Poder político relevante do Estado. Na presente proposta eles estão situados em um patamar intermediário, abaixo dos órgãos supremos e acima dos “dependentes”. Caso se reconheça que as “instituições independentes” exercem Poder político do Estado, haverá a necessidade de acompanhar a classificação de Ferrajoli para saber se são órgãos de “governo” ou de “garantia”, atuantes da esfera do “decidível” ou “indecidível”; somente os da esfera do indecidível poderiam exercer funções jurisdicionais – cerne da presente proposta.

indireta, como se observa, por exemplo, na atuação do Ministério Público²¹⁴⁰, mas que se vale, em regra, do Poder Judiciário para efetivar ações de “estatuir-impedir²¹⁴¹”, Judiciário este que, destaque-se, detém o poder da última, às vezes o da primeira palavra para o controle **jurídico** do “Poder político” relevante, notadamente quando tratado das cortes constitucionais, que, por vezes, no atual desenho do Estado contemporâneo, ocupam posição **acima** (na visão piramidal-escalonada) dos poderes quando o assunto é a observação dos preceitos constitucionais²¹⁴²; o Ministério Público, assim, seria um dos legitimados a instar o exercício do controle do “Poder político”, enquanto “instância independente”, mas não seria detentor do “Poder político” relevante.

As **competências** das “instituições independentes” estariam direcionadas para um outro norte, especialmente à “efetivação” das garantias dos direitos fundamentais ou desenvolvimento da sociedade, de acordo com as exigências do Estado prestador de serviço²¹⁴³ do século XXI – conclusão esta feita a partir de uma mescla dos ensinamentos de Häberle, Canotilho e Ferrajoli; Canotilho, aliás, faz uma diferenciação bastante nítida entre a dimensão negativa e a dimensão positiva da separação de poderes, a primeira voltada ao controle do Poder, a segunda à

²¹⁴⁰ “Convém realçar, aliás, que, por sua amplitude, a função administrativa abrange atribuições relevantes de instituições estatais. É o caso, por exemplo, dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Conquanto tenham sede constitucional e desempenhem papel estratégico no sistema das garantias coletivas, nem por isso sua ação deixa de enquadrar-se como função administrativa, já que seus agentes não legislam nem prestam jurisdição”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 4.

²¹⁴¹ Por exemplo, o Ministério Público não poderia, por si só, “impedir” a atuação de nenhum Poder político relevante do Estado. Nessa esfera, ele pode expedir uma recomendação, de obediência voluntária, mas não cogente; impedir de modo obrigatório somente por intermédio do Poder Judiciário.

²¹⁴² “Inicialmente, relembremos, com Mauro Cappelletti, que essas cortes situam-se fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, não podendo ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos estatais. COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 43.

²¹⁴³ “Estado Social de Direito: com o surgimento do Estado Social de Direito (*Welfare State*), notadamente após a II Guerra Mundial, é reforçada a intervenção estatal na economia e nas relações sociais, com o objetivo de minimizar algumas mazelas oriundas do período liberal. A necessidade de agilidade e eficiência estatal acarreta a denominada “fuga para o direito privado”, com a contratualização da atividade administrativa (contrato administrativo em vez do ato administrativo), substituindo o modelo autoritário pelo consensual, e a instituição de entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado. Apesar das relevantes conquistas do Estado Social, tal modelo acabou por hipertrofiar demasiadamente o aparato estatal, tornando-o incapaz de atender às inúmeras tarefas que passaram a lhe ser afetas”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 21.

efetivação dos direitos fundamentais.²¹⁴⁴

O **controle** político-jurídico desses órgãos considerados como “instâncias independentes”, em estrita observância ao **ordenamento jurídico**, é feito pelos órgãos “supremos” de “**Poder político**” relevante do Estado, que também se controlam mutuamente, em uma linha de atuação distinta daqueles em que residem as “instâncias independentes”. Por isso, os “órgãos supremos” exercem controles sobre as “instâncias independentes”, mas não o inverso – indiretamente, sim, como exemplificado acima na atuação do Ministério Público, que se vale do Poder Judiciário, instado por meio da função jurisdicional, para “estatuir-impedir” os demais poderes; o controle do Ministério Público seria, assim, indireto, o do Judiciário, direto, no exercício de sua missão constitucional jurisdicional.

Além das “instâncias independentes”, nessa segunda órbita estariam também outros órgãos “**independentes**” mas que não exerceriam necessariamente funções de garantia, como seria o caso das forças armadas. Aproveitando o viés do controle sobre os órgãos situados na segunda órbita acima mencionado, utilizando como exemplo as forças armadas, ainda que nelas haja uma enorme concentração de “Poder”, elas não exercem controle nenhum sobre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas o contrário, sim. As forças armadas obedecem ao ordenamento jurídico, em uma atividade “burocrática” executiva, mas não legislam, não julgam e nem definem as políticas públicas governamentais em forma de “Poder político” relevante.

Diante de todo esse contexto – sobre a teoria da separação de poderes –, em sua concepção imaculada, especialmente nas prerrogativas de “**estatuir**” e “**impedir**”, todo o arcabouço de mecanismos desenvolvido por Montesquieu sobre a

²¹⁴⁴ “O Estado Pós-Social ou Subsidiário não significa uma desvalorização da Administração Pública, mas, ao contrário, representa uma redefinição das atividades administrativas que devem ser prestadas diretamente pelo Estado e das demais atividades que podem ser prestadas por particulares, notadamente por não envolverem a necessidade do exercício do poder de autoridade, com a valorização da sociedade civil no desempenho de atividades socialmente relevantes”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 11.

separação de poderes seria aplicado somente na **primeira órbita**, para o controle e equilíbrio dos poderes políticos do Estado, evitando a tirania e proporcionando a “manutenção”, e não somente a “efetivação e concretização” prática, dos direitos fundamentais.²¹⁴⁵ Fora da primeira órbita, os órgãos organicamente separados existem com **finalidades** distintas, e **não** necessariamente como condição imperativa para **desconcentração** orgânica do “Poder político” relevante do Estado, especialmente ante a ausência da capacidade de “estatuir” e “impedir”.

É como esclarece Pérez – sobre o controle recíproco dos órgãos de Poder político e a sua correlação com o controle dos órgãos dependentes –, aduzindo que não há nenhum problema na relação entre os “órgãos supremos”, denominados por ele como “independentes”, e os “dependentes”, pois a própria estrutura que os estabelece também os define e os impõe a forma de controle. Em contrapartida, quando se trata da relação entre “órgãos supremos”, é necessário precisar os limites de cada um para que não haja interferência indevida em suas respectivas áreas de atuação e não ocorra disputa “política” entre eles, fato corriqueiro na história do Estado moderno. Justamente em razão disso, para que haja limites, a “soberania” se encontra repartida em seu exercício, impedindo que um órgão supremo se coloque em posição de dominação sobre os outros dois – e são apenas esses três os órgãos supremos do Estado em uma concepção clássica tripartite: Executivo, Legislativo e Judiciário; são apenas eles que ocupam, portanto, a primeira órbita mais próxima do centro do “Poder” do Estado.²¹⁴⁶

Por certo, também, que esses órgãos intermediários, consistentes nas “instâncias independentes” e outros “independentes”, situados entre o “Poder político” relevante e o “Poder burocrático” do Estado, como destacado por Häberle, fazem parte do conjunto de órgãos públicos responsáveis pela manutenção indireta do equilíbrio do Poder do Estado, seja na esfera jurídica ou não. São órgãos

²¹⁴⁵ Seria uma singela diferença dos Poderes políticos em relação às instâncias independentes ou os órgãos de garantia, que teriam a missão precípua de realização prática dos direitos fundamentais teoricamente produzidos na esfera do Poder político – essa missão seria compartilhada com o Poder Judiciário; é, em termos gerais, a divisão entre “governo” e “garantia” proposta por Ferrajoli no tocante aos direitos, e não às políticas públicas.

²¹⁴⁶ PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. p. 381.

destacados por Häberle, como os citados *ombudsmans*, comissariados, bancos centrais e tribunais de contas. Apesar de **desprovidos** das faculdades de “estatuir” e “impedir”, utilizam-se, como mencionado, de outros **instrumentos jurídicos** para compor o “quadro de equilíbrio de Poder”, o que pode consistir na simples desconcentração do Poder geral do Estado por meio da distribuição ordenada de competências – como aduzido por Zippelius e Canotilho. Não obstante, apesar de eventualmente poderem compor o “quadro de equilíbrio de Poder”, não são esses órgãos “Poderes políticos relevantes do Estado”.

Se assim não fosse, se não estivessem esses órgãos importantes situados em uma **órbita diferente** daquela dos órgãos supremos de “Poder político” relevante do Estado, por exemplo, um órgão que concentra grande parte da força bélica do Estado, como é o caso das forças armadas²¹⁴⁷, com a capacidade de estatuir ou impedir a atuação político-jurídica dos Poderes²¹⁴⁸ do Estado, seria um verdadeiro Poder moderador, o que representaria grande risco à democracia e ao Estado de constitucional, especialmente quando o respectivo “comando supremo” está depositado nas mãos do Executivo^{2149, 2150}.

²¹⁴⁷ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

²¹⁴⁸ “Como já destacado, as Forças Armadas não são um Poder da República, mas uma instituição à disposição dos Poderes constituídos para, quando convocadas, agirem instrumentalmente em defesa da lei e da ordem”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADI 6457/DF**.

²¹⁴⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

²¹⁵⁰ “O mesmo dispositivo também estabelece que as Forças Armadas são ‘organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República’. Essa dicção repete semelhante verbete contido no artigo 84, XIII, da Constituição, que atribui ao Presidente da República o exercício do ‘comando supremo das Forças Armadas’, bem como a nomeação dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. [...] Deveras, a ‘autoridade suprema’ sobre as Forças Armadas conferida ao Presidente da República correlaciona-se às balizas de hierarquia e de disciplina que informam a conduta militar. Entretanto, por óbvio, não se sobrepõe à separação e à harmonia entre os Poderes, cujo funcionamento livre e independente fundamenta a democracia constitucional, no âmbito da qual nenhuma autoridade está acima das demais ou fora do alcance da Constituição. [...] Dessa forma, considerar as Forças Armadas como um ‘poder moderador’ significaria considerar o Poder Executivo um superpoder, acima dos demais, o que esvaziaria o artigo 85 da Constituição e imunizaria o Presidente da República de crimes de responsabilidade, dentre os quais figuram ‘os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (...) o livre exercício do (...) do Poder Judiciário’ e ‘o cumprimento das leis e das decisões judiciais’. SUPREMO

Mas isso não ocorre, como dito, primeiramente porque esses órgãos se situam em uma órbita diferente daquela dos órgãos de “Poder político” relevante, mais distantes do centro de onde emana o Poder do Estado, sendo, portanto, controlados, seguindo o ordenamento jurídico, pelos “órgãos supremos”, e não o contrário – então não podem “estatuir” ou “impedir”; segundo, porque estão adequadamente organizados por competências constitucionais e legais, e não sob a discricionariedade hierarquizada do chefe do Poder Executivo, como se vislumbraria na ótica piramidal-escalonada.

A partir da **terceira órbita** – e inúmeras outras órbitas que viriam na sequência –, emergiriam os demais órgãos administrativos **técnico-burocráticos** do Estado, vinculados precipuamente ao ordenamento jurídico – incluindo, por certo, nessa observância vinculativa, também os regramentos administrativos expedidos pelo Poder Executivo. Esses órgãos, além da legalidade, também executariam políticas públicas e obedeceriam aos comandos definidos pelo governo executivo com relação ao interesse público geral. Quanto mais importante a competência funcional atribuída, maior a proximidade da sua órbita com a origem e o centro do Poder do Estado; por isso, quanto mais circunvizinha a sua órbita dos três poderes ou das “instituições independentes”, mais relevante será a função pública.²¹⁵¹

Esses órgãos técnico-burocráticos estariam desprovidos de “Poder político”, o que de nenhuma maneira diminui a respectiva autoridade deles na engrenagem estatal, ao contrário, pois diante da especialidade e do conhecimento das atinentes atividades podem, de maneira apolitizada, fornecer elementos destacados aptos a instruir a tomada de decisão política pelos órgãos de Poder do Estado situados na esfera do governo – como destacado por Zippelius.

TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADI 6457/DF.**

²¹⁵¹ “Os órgãos e agentes a que nos temos referido integram as entidades estatais, ou seja, aquelas que compõem o sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Entretanto, existem algumas pessoas jurídicas incumbidas por elas da execução da função administrativa. Tais pessoas também se incluem no sentido de Administração Pública. São elas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. No primeiro caso temos a Administração Direta, responsável pelo desempenho das atividades administrativas de forma centralizada; no segundo se forma a Administração Indireta, exercendo as entidades integrantes a função administrativa descentralizadamente”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 11.

Essa, em linhas gerais, seria a principal diferença orgânica entre o modelo tradicional piramidal-escalonado e o aqui proposto orbital-adequado. Os incontáveis órgãos públicos administrativos, detentores do “Poder burocrático”, estariam **vinculados ao Poder do Estado**, e **não** simplesmente **submetidos ao Poder Executivo**, de modo *hierarquizado*.

Conforme mencionado anteriormente, dentro desse arcabouço estrutural estatal continuaria existindo diversos outros órgãos que acompanhariam as mais diferentes classificações além daquela trazida por Silva, que conceituou os órgãos públicos em supremos – políticos – ou dependentes – administrativos.

Mas nesses órgãos **subalternos** detentores do “**Poder burocrático**” do Estado igualmente seria possível **extrair alguns deles dotados de características especiais**, não tão fortes quanto as contidas nas “instâncias independentes”, mas que, de todo modo, teriam **natureza jurídica** semelhante a dos **tribunais**, não somente pela relevância da função, mas notadamente pela **independência** e **ausência de hierarquização** em relação aos órgãos de governo que encontram sua legitimação no voto popular – ou seja, destacados da função governamental, exercendo função de **garantia**, conforme preconizado por Ferrajoli, e que possivelmente ocupariam a terceira órbita, quase tocando a segunda órbita onde estariam alocadas as “instâncias independentes”.

Seriam **esses, juntamente** com algumas “**instâncias independentes**”, posicionados exclusivamente na esfera da **garantia** e afastados do governo, que formariam o conjunto de órgãos denominados na presente pesquisa como “**Orbitais**”²¹⁵², que podem ser considerados **espaços** estatais compartilhados para o exercício de funções públicas desprovidas de Poder político relevante,

²¹⁵² Na presente proposta, as “instituições independentes” estão situadas em um patamar intermediário entre os órgãos “supremos” e os órgãos “dependentes”, mais próximos daqueles do que destes. Os órgãos “técnico-burocráticos” com características especiais e dotados de independência indicados na presente pesquisa estão mais próximos dos “órgãos dependentes” do que dos “órgãos supremos”, em um patamar intermediário entre os órgãos “dependentes” e as “instituições independentes”. Estes órgãos juntamente com as “instituições independentes” foram o conjunto dos “Órgãos Orbitais”, quando sentenciam processos de forma vinculante.

sistematizados em núcleos operativos profissionalmente estruturados, distintamente **organizados** em torno de um **sistema orbital** complexamente integrado por meio de órgãos públicos que encontram suas **competências** e linhas de atuação no **ordenamento jurídico**, **sem** estarem submetidos à hierarquização ou ao dirigismo dos poderes do Estado – especialmente distante da influência política do governo. E quando atuam na **função jurisdicional**, garantem direitos individuais por meio da prolatação de decisão jurídica vinculativa dotada dos efeitos da *res judicata* – acompanhando a proposta aqui firmada para o surgimento de uma Jurisdição Plural, e o que se pretende demonstrar nos próximos capítulos dessa pesquisa.

As ações dos Órgãos Orbitais, em sentido amplo, estão situadas na esfera “**administrativa**”, como função de **Estado**, e **não** “executiva”, como decorrência do Poder Executivo do Estado, não obstante poderem desenvolver funções executivas, legislativas e jurisdicionais em forma de “**Poder burocrático**”, mas não em forma de “Poder político” relevante - inclusive concentrando as funções uma mesma “repartição estatal” separada por distintos órgãos; afinal, aqui não se trata de separação orgânica dos poderes políticos relevantes do Estado, mas sim meramente da **organização burocrática** das funções do Estado, os quais (órgãos) e as quais (funções) são controladas na primeira órbita pelos poderes do Estado, de acordo com o **ordenamento jurídico**. Aliás, acompanhando Canotilho, independentemente das funções exercidas, o mais importante é saber se aquele órgão está legitimamente habilitado para tanto. Por certo, também, que, não obstante possa existir função jurisdicional burocrática situada em um órgão público maior, não se espera que o julgador “orbital” possa cumular a atividade “judicante” com funções executiva e legislativa.

Esses órgãos, enquanto **não** integrantes do sistema de freios e contrapesos, seriam responsáveis, em regra, pelo outro escopo da teoria montesquiana, ou, conforme destacado por Canotilho, para além da dimensão tradicional negativa, a dimensão contemporânea positiva: **ampliar a gama de preservação dos direitos** – não exatamente dos direitos de primeira dimensão

consistentes nas liberdades públicas, mas especialmente dos direitos positivos vislumbrados nas dimensões seguintes, enquanto órgãos públicos de garantia detentores dos Poderes de cognição na esfera do indecível, conforme preconizou Ferrajoli²¹⁵³.

Assim, diante da heterogeneidade pós-moderna, notadamente com a diversidade das relações sociais que exigiram do direito uma função de estabilização das expectativas normativas, contribuindo para atenuar a sensação de insegurança diante dos riscos do ambiente social e permitindo uma interação social estabilizada e ordenada, os “Órgãos Orbitais” atuariam como verdadeiros **redutores da complexidade social** diante de uma atuação estatal relativamente simplificada, ágil e eficaz, muito mais ampla e acessível especialmente no campo da efetivação de direitos.²¹⁵⁴

Nessa esfera, é importante esclarecer que nem toda “instância independente” ou “órgão burocrático independente” será considerado um “Órgão Orbital” da “Jurisdição Plural”. Como ressaltado, algumas “instâncias independentes”, apesar da desvinculação com a esfera do governo, exerceriam funções executivas e legislativas, mas não jurisdicionais. Quando, contudo, na esfera da “**garantia**”, essas instâncias independentes estivessem no exercício da **Jurisdição**, seriam consideradas, por consequência, juntamente com outros órgãos públicos “subalternos” que deixaram de ser “dependentes” e passaram a ser “independentes-jurisdicionais”, igualmente “**Órgãos Orbitais**” da “**Jurisdição Plural**”.

²¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. p. 106/7.

²¹⁵⁴ “Com efeito, a elevação da complexidade das relações socioeconômicas tornaram o Direito mais complexo. Diante de tantas possibilidades legislativas – tais como a proteção prevista nos estatutos do consumidor, idoso, criança e do adolescente, igualdade racial, juventude, mulher (representado pela Lei Maria da Penha) –, atribuiu-se ao Direito a função de estabilizador das expectativas normativas, operando como redutor de complexidades, contribuindo para atenuar, nos cidadãos, o sentimento de insegurança diante dos riscos do ambiente social, além de permitir uma interação social mais estável, ordenada e funcionalmente econômica. Todas essas circunstâncias conjunturais aumentaram a participação do Poder Judiciário na sociedade brasileira, tornando-o forte, independente e moderno”. VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. **O Estado de Direito e o Poder Judiciário**: relato de uma migração conceitual. p. 163.

Conforme delineado anteriormente, apesar da conjuntura ampla e geral apresentada sobre a organização estatal, a presente proposta tem por escopo principal analisar precipuamente a função jurisdicional, ainda que para tanto precise abordar as demais atividades estatais por via reflexa; então, este é o foco para a conceituação de um “Órgão Orbital”, dentro da estrutura estatal contemporânea, naquilo que interessa para a presente pesquisa.

7.4.4 Legitimidade político-jurídica da atuação funcional dos Órgãos Orbitais do Estado

De acordo com a visão orbital-adequada aqui proposta, não há uma subordinação dos órgãos “dependentes” aos órgãos “supremos” de Poder, como haveria na tradicional visão piramidal-escalonada, mas sim uma **readequação** deles em torno do **Estado**, força matriz de onde deriva o único Poder, para o exercício da função típica de cada um deles. Os “Órgãos Orbitais”, portanto, não estariam vinculados aos “poderes” do Estado, em um exercício de subsunção, mas sim alocados em torno do Estado, em uma visão literalmente diferente daquela tradicional piramidal escalonada, em um exercício de adequação, apto a demonstrar a possibilidade de exercerem suas atividades de maneira independente dentro das competências definidas.

Assim, diante do fato dos “Órgãos Orbitais” exercerem “Poder burocrático” de maneira organicamente independente, pode-se concluir que no exercício das três funções típicas do Estado pelos “Órgãos Orbitais” **não** haveria uma “**delegação**” dessas funções de um Poder para outro órgão “dependente”, como ocorre na visão piramidal-escalonada, mas sim a divisão de atribuições e **competências** do Estado entre o que é o exercício da função enquanto “**Poder**” e o que é o exercício da função equivalente enquanto “**burocracia**” estatal.²¹⁵⁵ Igualmente, sob o mesmo

²¹⁵⁵ “Essas ideias são úteis para o constitucionalista, que, no entanto, se satisfaz com o critério orgânico, considerando como de jurisdição aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciários e como administração o que conferiu aos órgãos do Executivo, que, em verdade, não se limita à execução da lei, consoante já vimos. Segundo esse critério, ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional respeitante à solução de conflitos de interesses”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito**

argumento, não se trataria de “**transferência**” constitucional de competências entre poderes, justamente porque nos “Órgãos Orbitais” **não** se exerceria “Poder político” relevante do Estado. Tanto a “delegação” quanto a “transferência”, instrumentos político-jurídicos contemporâneos de desconcentração do “Poder político” estatal, **não** consideram a divisão entre “Poder político” e “Poder burocrático”.

Um exemplo do que é considerado “**delegação**” pela doutrina clássica seria o poder regulamentar exercido por órgãos “administrativos” na “função normativa de conjuntura” ao estatuir normatização destinada à regulamentação da atividade executiva, o que seria decorrente da “delegação” de parcela da função “normativa” do Legislativo ao “Executivo”. Em desacordo, Grau refuta essa ideia, não pela distinção entre Poder político e burocrático, mas sim por compreender que, do ponto de vista material, a função normativa, mais ampla e pertencente ao “Estado”, contém a função legislativa, mais restrita e de exclusividade do Legislativo – argumento que reforçaria a proposta da presente pesquisa sobre a alteração da visão do arcabouço organizacional público.

Por isso, a função do órgão administrativo seria “normativa”, com “força primária” originada no próprio ordenamento jurídico, e não “legislativa” advinda da “delegação” do Legislativo para o órgão “administrativo”. Kelsen, de modo semelhante, afirma que tanto Executivo quanto Judiciário também são dotados de funções “legislativas” próprias com capacidade para a edição de normas gerais, como funções do Estado, permanecendo apenas o seu núcleo sob a reserva do Poder Legislativo, não se tratando, assim, de delegação.

Igualmente se vislumbra na “**transferência**” das competências, como se observa na atribuição da função jurisdicional, do Judiciário, para o Legislativo, para julgamento do presidente da república em crimes de responsabilidade, feita pelo constituinte. Esse tipo de julgamento está no cerne da atividade jurisdicional, em seu *núcleo* essencial, em princípio de exercício exclusivo do Judiciário. Não se cuida de atividade burocrática de mera aplicação de normas jurídicas, mas sim uma aplicação

de norma jurídica qualificada pelo exercício do Poder político relevante, cuja transferência tem a única finalidade de manter o equilíbrio diante de interpenetrações necessárias entre as funções e os órgãos de Poder político do Estado. Essa transferência de “Poder político” relevante ocorre somente entre os “órgãos supremos”, e não de um órgão supremo para outro “administrativo” detentor unicamente de “Poder burocrático” estatal.²¹⁵⁶

Dessa forma, os “Órgãos Orbitais” encontram a **legitimidade** para a sua atuação no **ordenamento jurídico**, de acordo com **competências** estabelecidas a partir da constituição e das leis, e **não** no recebimento de parcela de competência “exclusiva” dos poderes políticos relevantes do Estado²¹⁵⁷ - vide nesse sentido Häberle, Canotilho, Ferrajoli e Rangel.

No último exemplo citado (função jurisdicional no Poder Legislativo), se essa parcela da Jurisdição fosse destinada a outro Poder sem que essa interpenetração das funções tivesse a finalidade exclusiva de **ampliar o equilíbrio** entre eles, não haveria delegação ou transferência, mas sim **usurpação** do Poder. O contrário não se observaria na atribuição²¹⁵⁸ de parcela “**disponível**” – fora do

²¹⁵⁶ “Os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize. O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art. 52, II, CF). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV, e 52, XIII, CF). [...] Quanto à função jurisdicional, o sistema constitucional pátrio vigente não deu margem a que pudesse ser exercida pelo Executivo. A função jurisdicional típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de definitividade (*res iudicata*), é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 340.

²¹⁵⁷ “Criaram-se, basicamente, três estruturas de competência: reservada ou exclusiva, concorrente e supletiva. Infere-se da leitura dos diversos dispositivos constitucionais pertinentes, que a competência reservada implica a atuação de um único órgão para dispor sobre determinadas matérias. Pela concorrente, mais de um órgão teria competência para se pronunciar. A competência supletiva abre a possibilidade de um órgão tratar de matéria afeta, inicialmente, a outro, enquanto perdurar o seu silêncio ou omissão”. MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. p. 40.

²¹⁵⁸ Trata-se de atribuição de acordo com as competências organicamente divididas no Estado; o Judiciário não é detentor do monopólio da Jurisdição. A Jurisdição é do Estado, enquanto Poder, e não do Judiciário, órgão do Poder. O Judiciário exerce parcela da função jurisdicional com exclusividade; essa parcela lhe pertence e pode ser delegada a partir da observação de

núcleo material da respectiva função – da Jurisdição burocrática aos “Órgãos Orbitais”, justamente porque seriam exercidas em forma de **burocracia**, em temas desprovidos do condão de interferência na esfera política relevante do Estado, de maneira complementar à Jurisdição do Poder Judiciário e sob a fiscalização e controle de outros órgãos – da mesma forma que ocorre com a função “normativa” dos órgãos “administrativos”, de acordo com Kelsen e Zippelius, ou na observação do núcleo essencial ou material de cada função, conforme Canotilho e Rangel.

Assim, o exercício da função jurisdicional enquanto **Poder político** relevante está **reservado** ao **Poder Judiciário**, de maneira exclusiva, da mesma forma que a funções executivas e legislativas, em formato de Poder político relevante, pertencem de modo exclusivo respectivamente aos **Poderes Executivo e Legislativo**²¹⁵⁹, sendo excepcionadas unicamente com o fito de ampliar a esfera de proteção contra a tirania e desconcentração pontual de Poder.²¹⁶⁰ O exercício das funções enquanto **burocracia** pode ser efetivado por **outros** órgãos públicos que **não** são dotados de Poder político, inclusive a função jurisdicional pelos Órgãos Orbitais – vide, de modo análogo, a construção argumentativa de Grau sobre o Poder normativo. Afinal, de acordo com Ferreira Filho, a atividade burocrática, “sob o

determinados critérios – freios e contrapesos. O Judiciário não é detentor da Jurisdição estatal como um todo. Se o Judiciário não detém a parcela disponível da função jurisdicional – burocrática –, ele não pode delegar; é impossível delegar algo que não se possui. Se o Judiciário exerce também eventualmente a Jurisdição burocrática, é, igualmente, por atribuição de competência. Nesse sentido: “Nessa altura, porém, cumpre fazer uma importante observação para evitar equívocos. É que, embora o Judiciário seja a organização destinada precipuamente ao exercício da função jurisdicional do Estado (CF, art.5o, XXXV e XXXVII), no entanto, o exercício desta função não é exclusiva do Judiciário, já que há algumas situações em que a jurisdição é exercida pelo Poder Legislativo e por árbitros privados. Sirva de exemplo da primeira o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, que são julgados pelo Senado da República, servindo a Câmara dos Deputados de órgão acusatório, e da segunda, o julgamento dos conflitos civis tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p.18.

²¹⁵⁹ “Consecuentemente se ha de diferenciar, a los efectos de la reserva jurisdiccional, según que estemos ante actos propiamente gubernamentales, de dirección y decisión política, o meramente administrativos, de ejecución stricto sensu. [...] basadas en parámetros de oportunidad - dirección política - [...] como consecuencia de la imposibilidad de los Jueces de controlar jurídicamente aquello que parece exclusivamente discrecional - acto político” SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 115/6.

²¹⁶⁰ “Con carácter general, y conforme se ha adelantado, de la atribución constitucional de una función a un Poder cabe deducir una reserva funcional, la cual consistirá en la prohibición que pesa sobre el resto de los Poderes a fin de que no interfieran en el ejercicio de la función originalmente consignada”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 106.

ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa”²¹⁶¹.

Retomando o contexto da **delegação legislativa**, ensina Nunes, sobre a “partilha da função legiferante e ampliação da área consentida”, que o instituto encontra sua legitimação na **superação** do defasado modelo organizativo estatal, destacando, dentre alguns fatores, a inaptidão dos corpos legislativos e a lentidão dos métodos legislativos para o enfrentando dos problemas contemporâneos, exigindo uma adaptação em suas estruturas e atribuições, nem sempre acompanhando a maneira preconizada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, realidade que em nada se difere daquela vislumbrada atualmente, por exemplo, no Poder Judiciário.²¹⁶²

Nessa linha, aduz que convivemos atualmente com o **dogma**, dominados pelo preconceito, de que todo Poder legislativo pertence aos parlamentos, assim como todo o Poder jurisdicional ao Judiciário, acompanhando a clássica fórmula “*una lex, una jurisdictio*”, que acaba refletindo no pensamento de **não** partilhar a função ou **não** a admitir fora de seus próprios órgãos. Conclui sua crítica, no entanto, ressaltando o início de uma necessária fase de **transição** a que deve se submeter o Estado contemporâneo, destacando que a própria Jurisdição do Estado exige novas formas de realização do direito pela **adequação de outros** órgãos²¹⁶³ públicos aptos ao desenvolvimento de uma função estatal que cresceu em extensão e complexidade e **não** mais encontra substrato nos modelos tradicionais os meios

²¹⁶¹ Texto original fala da “administração pública”, termo substituído por “atividade burocrática”, adaptado ao presente texto sem desnaturalizar o sentido dado pelo autor. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 11.

²¹⁶² NUNES, castro. **Delegação de poderes**. p. 6-9.

²¹⁶³ “Desse ponto de vista examinei o problema à luz da doutrina e dos ensinamentos do direito comparado, assim concluindo: ‘É uma evolução ainda nas formas imprecisas desta fase de transição. O que ela exprime é, sem dúvida, o fato judicial dominando a atividade do Estado. Não é nem a hipertrofia nem a decadência do Judiciário, que é, por definição, a jurisdição específica do Estado. Mas formas novas de realização do direito pela adequação de outros órgãos prepostos a uma função estatal que cresceu em extensão e complexidade e já não encontra nos moldes clássicos os meios necessários à sua expansão’”. NUNES, castro. **Delegação de poderes**. p. 8.

necessários à sua expansão.²¹⁶⁴

De maneira analógica aos ensinamentos de Zippelius e Canotilho, todo esse conjunto de Órgãos Orbitais com atuação independente destacados anteriormente na presente pesquisa constituiria uma **reformulação** da repartição das funções estatais de maneira organicamente **adequada**²¹⁶⁵, devidamente delineada sob **competências** decisórias, limitadas e organizadas em conjunto e de acordo com os interesses público-estatais, adaptadas de acordo com as exigências de cada Estado e sociedade para na prática verificar como a evolução estrutural ocorrerá, “de que modo e com que peso, para os processos de decisão, e ainda segundo que regras são²¹⁶⁶ tomadas as decisões vinculativas²¹⁶⁷”.

Independentemente de qual parte da estrutura organizacional orbital do Estado esses órgãos estejam distribuídos, o que realmente importa é impossibilitar a **concentração** do Poder em uma mesma pessoa. Dessa forma, “à separação organizativo-funcional de poderes junta-se a exigência de uma e a mesma pessoa ser proibida de ocupar, em união dinástica, cargos de diferentes sectores do poder”. Esse é o mecanismo principal gerador da incompatibilidade garantidora da “verdadeira divisão dos poderes”.²¹⁶⁸

À vista disso, inobstante a conceituação, seja ela originária e em conformidade à teoria da separação ou outra contemporânea lastreada com fronteiras menos arraigadas, o certo é que a **descentralização** do Poder estatal, permitindo a ampliação da atividade de órgãos independentes, serve para definir e diversificar as funções de modo a possibilitar um tratamento de proximidade com a comunidade necessário ao atendimento das especificidades da sociedade do século XXI, de um modo mais realista e apropriado do que ocorre quando as atribuições são concentradas. Ao difundir uma parte da **responsabilidade** a outros órgãos

²¹⁶⁴ NUNES, castro. **Delegação de poderes**. p. 8-10.

²¹⁶⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 469

²¹⁶⁶ “Seriam”.

²¹⁶⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 291

²¹⁶⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 468/9.

públicos, “fomenta-se simultaneamente o seu empenho pela causa”, sendo que a “descentralização é sobretudo um meio para criar unidades orgânicas” dotadas de autonomia administrativa e de participação democrática.²¹⁶⁹

Essa repartição das atribuições e competências em órgãos individualizados e independentes, organicamente emergida especialmente da constituição, traria também a vantagem de uma “**especialização materialmente adequada**”, dotando os diversos entes públicos de estrutura e procedimentos talhados para o desempenho específico das respectivas funções destinadas a eles, em uma verdadeira reorganização funcional, notadamente para uma “resolução adequada e racional das questões”²¹⁷⁰.

O relevante, mesmo diante das interpenetrações entre os poderes e do alargamento dos limites impostos pela teoria, é atingir a **finalidade** essencial da separação de modo que, em um panorama contextual, os diversos órgãos estatais exerçam controle recíproco e equilibrado de uma maneira **eficaz**. E a função de controle geral, originalmente concebida para ser desempenhada coordenadamente por “Executivo, Legislativo e Judiciário”, **não** perderá sua eficácia se dentro do organograma básico estrutural do Estado, formado pelos três poderes, forem inseridos ulteriores órgãos públicos, como as “**instâncias independentes**”, ou redimensionados outros por vezes já existentes, como os “**Órgãos Orbitais**”.²¹⁷¹

A utilização dos “Órgãos Orbitais”, em um primeiro momento, poderia parecer afrontar a teoria da separação, diante do exercício de parcela da função “política²¹⁷²” do Estado, mas em uma análise mais detida é possível verificar que com a finalidade almejada por Montesquieu não é incompatível. Afinal, “a ‘clássica’ separação dos poderes, aqui descrita, não constitui o único esquema organizativo

²¹⁶⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 177/8.

²¹⁷⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 469.

²¹⁷¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 476.

²¹⁷² Em sentido amplo, não englobando, porém, o Poder político relevante contido no núcleo das respectivas funções típicas

possível, capaz de criar equilíbrios e controlos politicamente eficientes²¹⁷³.

Em conformidade aos preceitos da teoria montesquiana, a limitação do Poder político é traduzida em um sistema de distribuição de competências de maneira juridicamente estruturada entre os diversos órgãos públicos – “o poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado” –, com a adoção de regulações gerais e de decisões concretas juridicamente vinculativas. A atuação específica de cada um dos órgãos deve se limitar às respectivas áreas funcionais do Estado para quais foram concebidas, inexistindo uma relação de absoluta independência entre si, mas na verdade uma “relação de coordenação juridicamente regulada”. É exatamente “nesta combinação de **competências ‘programantes’ e ‘programadas’** que fica salvaguardada a unidade jurídica do poder do Estado”.²¹⁷⁴

Aliás, nesse campo de controle e desconcentração, facilmente se observa ao longo da história que “dividir de modo equilibrado o poder estatal entre vários órgãos, em vez de concentrá-lo numa só instância, é uma receita clássica contra o abuso de poder e contra a tirania”²¹⁷⁵. Os Órgãos Orbitais, com atuação político-jurídica independente, também contribuiriam para isso, restando, portanto, devidamente **legitimados**, tanto político, quanto juridicamente.²¹⁷⁶

7.5 FUNÇÃO JURISDICIONAL BUROCRÁTICA

Em linhas gerais, a partir da construção argumentativa acima exposta e relativamente adaptada para a presente pesquisa, teríamos:

²¹⁷³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 476.

²¹⁷⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 468/9.

²¹⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 262.

²¹⁷⁶ “Em ese sentido, estos órganos mediatos también significan un nuevo reparto de la soberanía, un nuevo reparto del poder, que evita la preponderancia excesiva de los órganos inmediatos del Estado” PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. p. 383.

a) o sistema estatal de controle entre os poderes é composto por microssistemas que se complementam na busca pelo equilíbrio e efetividade – Zippelius.

b) o **Poder político** relevante do Estado, de competência funcional exclusiva dos poderes organicamente divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário, **coexiste** com o **Poder burocrático** estatal – Kelsen, Zippelius, Pasold e grande parte da doutrina;

c) o Poder político relevante do Estado, separado materialmente em funções executiva, legislativa e jurisdicional, possui um **núcleo** indelegável, cujo exercício é da competência **exclusiva** dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – Kelsen e Grau;

d) o Poder político relevante do Estado que **não** estiver inserido no núcleo fundamental material de cada função **constitui** o **Poder burocrático** e pode ser exercitado também pelos órgãos administrativos – ou, em outras palavras, o desenvolvimento da atividade executiva, legislativa e jurisdicional enquanto Poder ou função, conforme destacado, por exemplo, por Pasold;

e) os Poderes Executivo e Legislativo, enquanto órgãos supremos, por encontrarem fonte de legitimação distinta e possuírem finalidades típicas de “**governo**” (esfera do decidível), não podem exercer função de “**garantia**” própria dos órgãos públicos responsáveis pela efetivação substancial dos direitos e garantias fundamentais (esfera do indecidível); ou seja, órgãos de governo **não** podem exercer funções jurisdicionais - Ferrajoli;

f) além dos órgãos “supremos” e de outros órgãos “administrativos dependentes”, há no Estado **Órgãos Orbitais**, constituídos por “instâncias independentes” e “órgãos administrativos burocráticos independentes”, nenhum deles submetido ao “Executivo”, mas sim ao Poder político-jurídico do Estado instituído pelo **ordenamento jurídico**, os quais exercem funções executivas,

legislativas e jurisdicionais na condição de **Poder burocrático** do Estado – Kelsen, Häberle e Ferrajoli.

O presente tópico da pesquisa pretende abordar a última afirmação das premissas conclusivas expostas acima: a possibilidade de prestação de **função jurisdicional** pelos **Órgãos Orbitais** para além do Poder Judiciário.

A função **executiva** na “**atividade administrativa**” do Estado é notória e não exige maiores digressões. É a regra, inclusive em grande parte realizada de maneira dirigida, sob o comando, coordenação e vinculação ao Poder Executivo, muito embora outras sejam realizadas de maneira independente. A função **legislativa** pode ser igualmente observada na “**atividade administrativa**”, como na edição de regulamentos e congêneres dotados de caráter geral, ainda que sobre temática específica, editados por órgão burocrático a partir de autorização constitucional ou legal.²¹⁷⁷ É uma atividade rotineira, mas não a principal. Ambas possuem ampla aceitação na “teoria do Estado” sem maiores questionamentos. A função **jurisdicional**, no entanto, não obstante a nítida atuação de “Órgãos Orbitais” semelhante às vislumbradas nos tribunais, ainda encontra resistência²¹⁷⁸ para efetivação e reconhecimento dentro da “**atividade administrativa**”, ou seja, ela inexistente dentro da estrutura estatal para além daquela atividade jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário – ou por outros órgãos “supremos” na Jurisdição “dual”^{2179, 2180}

²¹⁷⁷ “Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. [...] Registre-se, por oportuno, que, ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente função normativa, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 73.

²¹⁷⁸ “Esse desenvolvimento histórico explica a posição privilegiada dos tribunais dentro do sistema político, a sua prerrogativa de controlar a legislação e a administração, a crença profundamente enraizada de que os direitos do indivíduo podem ser protegidos apenas pelo ramo judiciário do governo, o parecer – característico sobretudo do Direito inglês – de que o concurso de um tribunal, como autoridade independente do legislador, deve ser obtido antes que a expressão da vontade do segundo se torne uma regra de conduta”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 401/2.

²¹⁷⁹ “Tão logo a ordem jurídica autoriza a administração pública a interferir mais amplamente, por meio dos seus atos específicos, na vida econômica e cultural, surge a tendência de atribuir aos

Como foi ressaltado anteriormente nessa pesquisa, o Estado é detentor do Poder, que é **uno**, em conformidade ao princípio unificador da ordem jurídica. O exercício desse Poder ocorre por meio dos órgãos estatais, que são diferentemente estruturados de acordo com a respectiva realidade de cada Estado²¹⁸¹. Em regra, os órgãos **políticos** são divididos e acompanham a separação de três funções-poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário; a tripartição funcional é **seguida** pelos órgãos **administrativos**. “Nessa linha de pensamento, todo ato estatal de exercício de poder classificar-se-á como legislativo, administrativo ou jurisdicional. Não há quarta espécie”.²¹⁸² Ainda que se encontrem outras funções, como a “administrativa”, a “eleitoral” e as demais designações vislumbradas em classificações *pentapartites* em algumas constituições contemporâneas, fato é que a classificação *triparte* ainda é o ponto de referência para a separação de poderes e divisão das funções do Estado moderno.

A **função jurisdicional**²¹⁸³, assim como a legislativa e a executiva, deriva desse Poder estatal, e ordinariamente se manifesta por intermédio de juízes e tribunais situados no Judiciário – na Jurisdição “una”.²¹⁸⁴ Tradicionalmente a função

órgãos administrativos também a função judiciária que está ligada à sua função administrativa específica”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 396.

²¹⁸⁰ A fórmula utilizada para resolver essa dificuldade consiste em distinguir dentro da administração entre a administração ativa e administração contenciosa, com a consequente diferenciação entre seus respectivos órgãos. Nesse campo, o Poder Executivo, onde estão em regra concentradas as Jurisdições especial dentro da divisão estatal clássica, pode ser ativo ou contencioso, segundo segue exercendo atos de império ou atos de Jurisdição. São atos de império as providências ditadas pelo Executivo em seu Poder discricionário para a aplicação da lei e desenvolvimento de políticas públicas; mas esses atos de puro mando e observância do ordenamento jurídico na atividade administrativa podem ensejar reclamação dos particulares e a é obrigada a receber o pedido e decidir. Nesse caso então há efetiva mudança da natureza do ato, porque se antes ele se manifestava por meio de ação agora ele se externa em forma de juízo. O Poder Executivo, em seus órgãos adjacentes, está revestido dessa forma de mero e misto império: daquele, porque tem Poder, desde porque tem função jurisdicional. Esta segunda é, portanto, a que resolve conflitos ocasionados pela primeira, por isso denominada contencioso-administrativo. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 144/5.

²¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 161.

²¹⁸² TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 133.

²¹⁸³ “[...] *reputar la jurisdicción como una función del Estado*”. ANDRES IBÁÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 153/4.

²¹⁸⁴ O Estado, para alcançar seu objetivo de manter a paz e a harmonia social, utiliza-se de seu poder. Ou seja, para atingir a finalidade a que se propôs, o Estado impõe sua vontade sobre as pessoas. Nesse sentido, desenvolve três atividades fundamentais, distintas e harmônicas entre si, já que voltadas para o mesmo fim último: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional. O poder do Estado, que é uno, manifesta-se, portanto, mediante essas três funções por ele exercidas.

jurisdicional, enquanto Poder estatal monopolizado, pode ser definida a partir da contraposição com as demais atividades do Estado: legislativa e executiva, própria dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, e jurisdicional, desenvolvida pelo Judiciário. Mas o conceito de Jurisdição se obtém não somente a partir de critérios clássicos e objetivos, como o Poder de julgar e fazer executar seus julgados, senão que esse Poder e essa função tem que ser conferidos e estabelecidos perante um complexo conjunto organizacional situado no aparato do Estado, cuja forma de exercício e distribuição de competências varia no tempo e no espaço por influência política, problematizando a Jurisdição na função em que se concretiza.²¹⁸⁵

Desde o renascimento do Estado moderno a partir da metade do século XX, que adquiriu a feição “democrática” especialmente diante do exercício de uma Jurisdição mais humanizada e acessível à sociedade e se viu respaldado por novas dimensões do direito, muito se questiona a **intromissão** do Poder **Judiciário** na esfera, em tese privativa, do Poder **Executivo**, especialmente no controle do ato administrativo, e do Poder **Legislativo**, de criação do direito e de normas gerais (*leges*), assim como no direcionamento das políticas públicas, especialmente quando observadas sob o prisma do **ativismo judicial**²¹⁸⁶, ou, igualmente, da **judicialização da política**, mas pouco se reflete sobre o **caminho inverso** (como, por exemplo, do “Executivo” – na visão piramidal escalonada – desenvolvendo atividade jurisdicional), consistente na necessidade de interlocução da **função jurisdicional** entre os **demais órgãos estatais** diante da complexidade das

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

²¹⁸⁵ ANDRES IBÁÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. p. 159.

²¹⁸⁶ “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009. p. 77.

relações humanas vivenciadas em uma sociedade pós-moderna – apesar do tema “resolução de conflitos jurídicos” estar sempre em voga.

Sem embargo, ainda sob o manto do Estado social e do positivismo jurídico (primeira metade do século XX), **Kelsen** afirmou ser tarefa de difícil elucidação a diferenciação entre as funções **executivas** e **judiciais** de um Estado, havendo uma ligação íntima entre elas²¹⁸⁷, pois “os órgãos do poder ‘executivo’ frequentemente exercem a mesma função que os tribunais²¹⁸⁸”, com a única diferença de que enquanto os órgãos executivos aplicam o direito *administrativo*²¹⁸⁹, os tribunais aplicam o direito *civil* e o *penal*. Mas “essa função dos órgãos administrativos é a **mesma** função dos tribunais, embora a segunda seja chamada ‘judiciária’, e a primeira, ‘executiva’ ou ‘administrativa’”, possuindo igual caráter sem nenhuma diferença essencial entre elas.

Foi nesse mesmo período de evolução histórica que o Estado superou seu viés liberal para se tornar social, transformando-se, como consequência disso, em um Estado intervencionista, e em seu caráter público fornecedor de serviços buscando o bem-estar social, o que ocorreu mediante uma **hipertrofia estatal** com a consequente ampliação dos órgãos públicos. Alguns desses órgãos administrativos, além da função executiva específica, foram dotados também da função quase judicial – como uma espécie de “**Jurisdição administrativa**” –, diante da ligação orgânica entre as funções²¹⁹⁰.

²¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 396.

²¹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 391.

²¹⁸⁹ “Desse modo, sem abdicar dos conceitos dos estudiosos, parece-nos se possa conceituar o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 8.

²¹⁹⁰ “Ao ganhar independência em face da Administração, a jurisdição administrativa tende a deslocar-se do Executivo, e, da mesma forma, o processo (administrativo) a ela correspondente. Tratando-se de uma jurisdição administrativa perante o Judiciário, à expressão processo administrativo deve ser acrescido o termo judicial: processo administrativo judicial. Entretanto, nem sempre a jurisdição se encontra no Judiciário, como, por exemplo, no sistema de jurisdição administrativa extrajudicial (*justice déléguée*) atualmente existente no Uruguai e México. Conforme Monroy, “*el dilema de la jurisdicción no es quién la ejerce o personifica, sino fundamentalmente qué es*”. De fato, para assegurar a independência da jurisdição, basta que ela se desprenda da autoridade envolvida no conflito e não, necessariamente, do Executivo, como nos EUA, mediante a *administrative agency* e

A tramitação processual perante os **tribunais** proporciona, diante da independência e garantias conferidas ao processo e ao próprio Poder Judiciário e seus respectivos membros, maior garantia de legalidade do que a tramitação processual **administrativa**, mas isso, conforme sedimentou Kelsen, não impede que a ordem jurídica permita “à administração pública, na medida em que ela exerça uma função “judiciária”, a mesma organização e o mesmo processo que têm os tribunais”. Mesmo que a constituição prescreva que qualquer intervenção nos direitos do indivíduo deva obedecer ao devido processo legal (“de direito”), isso **não** significa que há um **monopólio** da função judiciária nos tribunais. “O processo administrativo no qual é exercida uma função judiciária pode ser formado de tal modo que corresponda ao ideal de ‘devido processo de Direito’”.²¹⁹¹

Nesse contexto, além de Kelsen, **Grau** aduziu que a função normativa do Estado contém um **núcleo** consistente na função legislativa de exclusividade do Poder Legislativo, mas que o restante poderia ser exercido por outros órgãos públicos, de modo que, analogicamente, a função hoje denominada **jurisdicional**, se chamada, em sentido amplo, de “função **aplicadora** de normas jurídicas”, ou “solucionadora de conflitos²¹⁹² jurídicos”, conteria como *núcleo*, em sentido estrito, a “função **jurisdicional**” específica, de exclusividade do Poder Judiciário. Teríamos, assim: função normativa, geral; função legislativa, especial; função aplicadora, geral; função jurisdicional, especial.²¹⁹³

O exercício da função jurisdicional também poderia ser separado em “função jurisdicional enquanto **Poder**” – *stricto sensu* – e “função jurisdicional

os seus *administrative judges*, onde se busca um *procedural due process of law* perante o Executivo”. PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. p. 123/5-186/7.

²¹⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 397/8.

²¹⁹² Em sentido amplo, conforme proposto por Dinamarco: “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo das atividades jurídicas do Estado”. Em nota de rodapé: “[...] os conflitos aqui referidos referidos não só aparecem nos processos civis cognitivos de natureza condenatória e constitutiva, mas também meramente declaratória; não só em processos civis cognitivos, mas também cautelares ou executivos; não só em processo civil, mas também em processo penal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 191.

²¹⁹³ “*Establecemos así una relación género-especie, pero en la que la especie resulta esencial en la delimitación constitucional del género, aunque sin llegar a agotarlo*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 66, em nota de rodapé.

enquanto **burocracia**” – *lato sensu*. Apesar de buscarem fundamentação jurídica em bases teóricas distintas da “função normativa” exposta por Grau, o resultado prático seria equivalente, de modo a permitir o exercício da “função aplicadora de normas jurídicas e solucionadora de conflitos jurídicos” por órgãos públicos além do Poder Judiciário.

Ou seja, tecnicamente, nesse arcabouço orgânico do Estado, observando que as funções executivas e jurisdicionais seriam semelhantes, que há um núcleo dentro das funções, e que a partir se observaria a distinção entre Poder político e burocrático, seria possível elevar, por exemplo, a Jurisdição “**administrativa**”, existente em órgãos administrativos dotados de função “judicial”, ao mesmo patamar da Jurisdição “**judicial**”, para exercício daquilo que não estivesse contido no núcleo²¹⁹⁴ essencial reservado aos Poderes políticos do Estado.²¹⁹⁵

Decisões jurídicas “**administrativas**” são tomadas pelo Estado rotineiramente, em todos os setores, de modo **idêntico** ao que se observa nos tribunais, com a diferença de normalmente não estarem estas decisões jurídicas “administrativas” dotadas dos **efeitos da coisa julgada**, por isso não consideradas no campo jurisdicional. Mas, na prática, sempre existiram exceções a essa conceituação da atividade jurisdicional ser exclusividade do próprio Judiciário, como se observa na divisão entre os modelos de Jurisdição *una* e **dual**, onde nesta última as decisões jurisdicionais, quando tratado tema atinente ao “direito público”, são tomadas por tribunais considerados “administrativos” e abarcadas pelos efeitos da coisa julgada.²¹⁹⁶

²¹⁹⁴ “A independência judicial postula o reconhecimento de uma reserva de jurisdição entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional. Esta reserva de jurisdição atua simultaneamente como limite de atos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 664.

²¹⁹⁵ “Na realidade, como ensina J. J. Canotilho, da teoria do núcleo essencial das funções pode retirar-se a conclusão de que “a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro”, princípio que “tem sido invocado na delimitação da função judicial, considerando a doutrina ser este um dos domínios em que se deve aplicar rigorosamente uma teoria material de funções”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n. 510/2016**.

²¹⁹⁶ “Na França, desde a Revolução, levou-se às últimas consequências a ideia de separação dos

Na verdade, qualquer discussão acerca da impossibilidade do exercício da função jurisdicional por outros órgãos situados fora do Poder Judiciário se encerraria quando verificada a existência da Jurisdição denominada “**dual**” em diversos Estados contemporâneos sem que isso tenha desnaturalizado a teoria de Montesquieu.

A **França**, um dos berços da luta contra o absolutismo monárquico e a tirania, nunca considerou o Poder Judiciário no mesmo plano político do Executivo e do Legislativo, sempre abaixo e mantendo uma “Jurisdição dualista paralela”, com órgãos administrativos responsáveis inclusive pela Jurisdição política do Estado – em uma proporção muito maior do que a proposta na presente pesquisa –, desde a sua revolução liberal, e nem assim, passados mais de dois séculos, encontra-se notícia de que, com isso, tenha ocorrido usurpação de poderes estatais ao ponto de ensejar o surgimento da tirania ou acarretar a redução das liberdades públicas ou o desrespeito aos direitos fundamentais naquele país.²¹⁹⁷

De todo modo, outros argumentos foram expostos na presente pesquisa para viabilizar, com base teórica solidificada na doutrina contemporânea, a possibilidade do exercício da Jurisdição por órgãos alheios aos existentes na estrutura do Poder Judiciário **sem** que haja **interferência** ou **desequilíbrio** na esfera do Poder político do Estado.

Poderes no tocante ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas. A ele sempre foi vedado apreciar atos do Parlamento ou do governo. Foram criadas, assim, duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a) a jurisdição judicial, em cuja cúpula está a Corte de Cassação; e b) a jurisdição administrativa, em cujo topo está o Conselho de Estado, com atribuição de julgar, em última instância, os litígios entre os particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 54/5.

²¹⁹⁷ Mas há uma fórmula intermediária de organização estatal que concilia o caráter especial da Jurisdição administrativa com o direito dos cidadãos, possibilitando que os litígios sejam dirimidos por órgãos administrativos imparciais e independentes. Cuida-se de uma espécie de Jurisdição delegada, na qual o tribunal contencioso continua pertencendo à administração, fora do Poder Judiciário, e não se limita a preparar a decisão - parecer -, senão a decidir - sentença - por si mesma por seus membros dotados de independência, inamovibilidade e imparcialidade. Tratam-se, assim, de órgãos jurisdicionais diante do *status* de seus membros, sem estarem integrados ao Poder Judiciário. Essa é uma solução híbrida, que assenta a independência do julgador em órgãos alheios ao Judiciário, em uma modalidade de Jurisdição denominada dual, tendo como modelo exitoso o contencioso administrativo francês. O que explica em boa medida o sucesso da Jurisdição dual é a qualidade técnica e o prestígio do Conselho de Estado francês, cuja jurisprudência é um dos pilares fundamentais do direito administrativo moderno. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 147.

No entanto, contrariamente ao modelo francês dualista, a proposta da presente tese, consistente na ampliação e na diversificação dos órgãos públicos estatais dotados de “função judicial”, está correlacionada ao exercício do “**Poder burocrático**” do Estado, e não ao “Poder político” relevante, como ocorre no exercido pelo Conselho de Estado francês, por exemplo. Por isso, na Jurisdição Plural aqui proposta os órgãos do **Executivo** e do **Legislativo** encontrariam **limites** ainda **maiores** no exercício de suas funções atípicas, especialmente a jurisdicional.

Na **Jurisdição Plural** aqui proposta, exemplificadamente, um órgão “administrativo”, possuidor de características específicas – “**Órgão Orbital**” –, poderia ser dotado de **funções jurisdicionais “burocráticas”**, mas isso **não** seria alcançável aos órgãos de Poder do Executivo e do Legislativo enquanto **poderes “políticos”** do Estado, ainda que fosse para a tomada de decisão jurisdicional em nível “burocrático”, justamente porque se assim procedessem estariam **desnaturalizando** suas respectivas funções **essenciais**, transmudando a natureza de Poder de “**disposição**” para Poder de “**cognição**”, imiscuindo indevidamente a “esfera do **decidível**”, dotada de competências políticas de governo e legislação – “**governo**” –, na “esfera do **indecidível**”, responsável pela garantia de direitos fundamentais com aplicação substancial, e não apenas formal, dos preceitos constitucionais especialmente na atividade de aplicação da lei e solução de conflitos jurídicos – “**garantia**” –, na concepção de Ferrajoli (ao final da presente pesquisa, antes das considerações finais, há uma mapa visual que pode melhor elucidar essa exemplificação).

Apesar de paradoxal, nesse caso, quem pode o mais, não pode o menos. Executivo e Legislativo, enquanto órgãos de **Poder político** relevante, **não** poderiam exercer a função jurisdicional burocrática, mas outros órgãos considerados “**subalternos**” existentes na “administração pública”, dotados de especiais características, sim. É a decorrência, nas palavras de Zippelius, da existência de um sistema de controle composto por subsistemas de controles que impedem a concentração do Poder político relevante do Estado.

No contexto atual do exercício da Jurisdição, o Estado hoje encontra duas realidades: a primeira é o **colapso**²¹⁹⁸ da Jurisdição heterocompositiva monopolizada, um verdadeiro caos vivenciado pelo Poder Judiciário que procura há décadas as mesmíssimas soluções para os mesmíssimos problemas (autocomposição, aumento do número de juízes, mecanismos processuais mais céleres, reformas administrativas internas, dentre outras); a segunda são os incontáveis órgãos públicos “executivos” burocráticos que exercem função “**pseudo-jurisdicional**”, de **utilidade limitada** diante da observância não científica de uma teoria calcada na separação de poderes desenvolvida ainda na idade moderna, influenciada sob a realidade vivenciada na sociedade agrária pré-revolucionária industrialmente e juridicamente, que impede que esses órgãos públicos realmente solucionem conflitos jurídicos em sociedade de maneira imunizada ao permitir que suas decisões continuem sendo questionadas perante o Poder Judiciário.

Mas, apesar da problemática jurisdicional estar permanentemente presente nos desafios a serem enfrentados pelo Estado contemporâneo, conforme mencionado, não é habitual cogitar a utilização da **máquina pública já estabelecida** em benefício da resolução dos conflitos jurídicos sociais que nela tramitam. Talvez porque, em conformidade ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, toda decisão jurídica administrativa, justamente por não ser dotada dos efeitos da *res judicata*, por mais bem fundamentada de acordo com o direito vigente que esteja, pode ter seu mérito novamente discutido perante o Poder Judiciário²¹⁹⁹. Faz-se a leitura do conceito de Jurisdição como se a função fosse atribuição exclusiva do Poder Judiciário, todavia não é – a Jurisdição “política”, contida no núcleo, sim.

²¹⁹⁸ “Além do mais, assistimos actualmente à convergência de dois fenómenos que se reforçam mutuamente: por um lado, o processo de judicialização interna que se desenrolou nos anos de 1990 em vários pontos do mundo democrático e, por outro, o processo de supranacionalização do direito”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 106.

²¹⁹⁹ “Quando órgãos administrativos têm de recorrer a um tribunal ordinário para a imposição da lei administrativa, pode estar dentro da competência do tribunal examinar não apenas a constitucionalidade da lei, mas também a legalidade ou mesmo a utilidade do ato administrativo. O tribunal tem essa competência mesmo quando o próprio órgão administrativo se reveste de uma função judiciária, já que, embora o órgão administrativo precise estabelecer a ocorrência do delito e decidir a sanção, o indivíduo contra o qual é dirigida a sanção pode apelar para um tribunal”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 400.

Do ponto de vista orgânico-estrutural, para a presente proposta de “Jurisdição Plural” ganhar vida, não haveria necessidade de ampliação de órgãos jurisdicionais, onerando ainda mais o combalido orçamento estatal e o próprio contribuinte, sem antes **repensar o conceito de Jurisdição** enquanto monopólio estatal de modo a situar ela em conformidade às **necessidades da sociedade** pós-moderna, cujas transformações acontecem instantaneamente, acompanhando a velocidade da era digital, e a complexidade das relações individuais e coletivas é infinitamente maior do que a vislumbrada décadas atrás.²²⁰⁰ Uma sociedade desapegada às formas burocráticas voltadas às formalidades inúteis, uma sociedade mais leve, em que o espaço físico deixou de ser essencial diante da existência de uma vida virtualizada. Uma sociedade, enfim, que não combina com o arcaico Estado moderno, notadamente com relação às suas estruturas. E a necessária metamorfose pública poderia começar pela utilização, na sua plenitude, desses Órgãos administrativos Orbitais que desempenham muito mais uma função judiciária do que executiva.²²⁰¹

Já muito tempo atrás, logo no surgimento do Estado social, diante da excessiva utilização dos tribunais jurisdicionais os **Estados Unidos** desenvolveram programas de remoção de categorias completas de casos de tribunais e as transferiram para resolução de autoridades consideradas administrativas. “Tal transferência de competência dos tribunais para órgãos administrativos é possível apenas na medida em que as funções de ambos sejam idênticas”.²²⁰² E, nesse campo, a função judicial atribuída aos Órgãos Orbitais é idêntica a dos tribunais, a não ser pelos efeitos da *res judicata*. Os órgãos burocráticos aplicam a regra geral e criam, quando necessário, a norma individual. O visualizado nos Estados Unidos foi um primeiro passo, que pode ser aperfeiçoado.

²²⁰⁰ “O problema, o sério problema, reside no facto de que as reformas estruturais começam por ser reformas desestruturantes das coisas que existem”. HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. p. 70.

²²⁰¹ “[...] os fundamentos e as modernas técnicas para um desempenho administrativo eficaz somente se justificam se todo o conjunto tentacular estiver submisso às demandas que, em função da realidade, a Sociedade reclama que sejam atendidas com presteza pelo Estado Contemporâneo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 34.

²²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 392/3, citando doutrina de 1929.

Por isso, a eventual continuidade da manutenção da exclusividade do exercício da Jurisdição pelo Judiciário detém um **caráter** mais **político, histórico, dogmático e cultural** do que **jurídico**, contornado também por uma inexistente **aparência** de segurança jurídica sustentada por uma “garantia de legalidade mais forte²²⁰³”. Juridicamente, a pacificação dos conflitos sociais, situados em parcela da “dimensão social²²⁰⁴” da Jurisdição, poderia ser enfrentada pelos “Órgãos Orbitais”. Ao Judiciário, por certo, e aí sim acompanhando a essencialidade da teoria da tripartição dos poderes construída por Montesquieu, há reserva exclusiva de parte dessa Jurisdição, consistente no “núcleo da função jurisdicional”, podendo ser considerado por inteiro ao menos nas “dimensões política e jurídica”, mas não, como mencionado, a totalidade da “dimensão social” – como se pretende demonstrar a seguir no próximo capítulo da presente pesquisa.

De todo modo, progredir na estrutura jurisdicional do Estado, transcendendo a visão piramidal-escalonada para atingir uma visão orbital-adequada, de modo a possibilitar a diferenciação entre as **funções-burocráticas** desenvolvidas por órgãos enquanto “Poder burocrático” e as **funções-políticas** desenvolvidas por órgãos enquanto “Poder político” relevante do Estado, acarretaria a **expansão** dos órgãos públicos legitimados a resolver conflitos jurídicos sociais por meio de decisões jurídicas dotadas dos **efeitos da coisa julgada**, sem que isso interfira na separação entre os poderes do Estado, tanto na dimensão negativa, de limitação de Poder, quanto na positiva, de efetivação de direitos fundamentais.

E é precisamente nesse campo estrutural que reside a **revolução**²²⁰⁵ jurisdicional estatal contemporânea²²⁰⁶. A mudança da visão sobre a hierarquia

²²⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 397.

²²⁰⁴ Conceituação será desenvolvida na próxima parte da presente pesquisa.

²²⁰⁵ "Como poderão as instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para quem o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo de progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade de século XIX europeu, servir agora, para uma sociedade tangida profundamente pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo?" BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 202.

²²⁰⁶ "Não é suficiente reformar os códigos ou substituir os atuais por novos para que essa democratização aconteça. Um novo movimento de codificação não basta, não resolve os problemas

piramidal dos Órgãos Orbitais, que sob essa ótica ortodoxa estariam submetidos aos respectivos poderes, assim como a identificação de que esses órgãos exercem funções desprovidas de Poder político relevante – Poder burocrático –, constituem a chave para compreender que esses mesmos órgãos públicos estão submetidos à legalidade estatal, ao **ordenamento jurídico**, de maneira independente orbitalmente adequada, e não ao superior hierárquico.

O reconhecimento da atividade jurisdicional nos Órgãos Orbitais ensejaria o surgimento de uma “Jurisdição Plural”, com a consequente **ampliação** dos órgãos jurisdicionais do Estado, cujas competências não estariam limitadas ao julgamento dos processos envolvendo somente o direito “administrativo” ou o “direito público” (*intraneus vs. extraneus*), mas também o solucionamento de conflitos jurídicos envolvendo particulares (*extraneus vs. extraneus*).

Nesse ponto (*extraneus vs. extraneus*), a decisão considerada atualmente como “administrativa” teria ainda mais proximidade com a jurisdicional do que aquela em que se vislumbra em um dos polos processuais o próprio Estado (*intraneus*).²²⁰⁷

Em conformidade com o que se encontra na doutrina e na jurisprudência, uma das principais notas caracterizadoras da decisão administrativa em contraponto

(de estrutura) ligados ao acesso à justiça, à concretização dos princípios e garantias constitucionais, à exclusão social e concentração de riquezas, para citar alguns. A refundação do direito processual e sua democratização envolve a edificação de novas estruturas políticas, jurídicas e sociais mais adequadas aos desafios impostos pela sociedade deste Século XXI. As respostas não se apresentam para o curto ou médio prazo, haja vista tratar-se de um projeto (de refundação) a longo prazo, de uma ‘revolução silenciosa’, como tantas vezes sugeriu Ovídio Baptista da Silva”. ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 6 jan. 20. p. 2104.

²²⁰⁷ “A importância decisiva da presença de um interesse público (administrativo) é, deste modo, fundamental para legitimar constitucionalmente o exercício de poderes parajurisdicionais por entidades administrativas, sem prejuízo, naturalmente da possibilidade de posterior reexame judicial: fora do domínio da reserva absoluta de jurisdição constitucionalmente determinada, não está, em princípio, vedada a atribuição normativa à Administração do poder de praticar atos materialmente equiparáveis aos da função jurisdicional, desde que a respetiva finalidade exclusiva, principal ou específica se reconduza à satisfação de necessidades públicas diferentes da simples pacificação de um conflito de interesses existente entre a Administração e o destinatário do ato ou entre terceiros destinatários do ato”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

à decisão jurisdicional, a partir de um critério teleológico, seria a existência de um interesse²²⁰⁸ público específico – interesse político de “governo” –, para além daqueles das partes, e não somente a paz jurídica decorrente da resolução da questão, como ocorre na decisão jurisdicional. Na hipótese jurisdicional a decisão situa-se num plano distinto dos interesses em conflito. Na administrativa verifica-se uma osmose entre o caso resolvido e o interesse público. Assim, se o objeto do processo é eminentemente particular, não haveria nenhum interesse público especialmente relevante caracterizador da decisão “administrativa”.²²⁰⁹

Assim, se a disputa é entre particulares (*extraneus vs. extraneus*), em princípio não haveria nenhum interesse governamental lícito da “administração” no resultado do julgamento, nem qualquer conflito de interesses na causa. Destaque-se, de todo modo, que nos Órgãos Orbitais também deverá haver garantias de independência ao julgador, para que independentemente de quem esteja no polo demanda, haja um julgamento imparcial – o juiz também é funcionário público e julga processos envolvendo a administração; não haveria diferença, portanto.

Transcendendo os dois **modelos** atualmente conhecidos, de Jurisdição “**una**” e “**dual**”, fazendo emergir uma Jurisdição “**pluralista**” em contraposição às monista e dualista, vislumbrar-se-ia o **aumento** das autoridades públicas legitimadas e capacitadas a assegurar os **direitos** da comunidade. Ganhar-se-ia em

²²⁰⁸ “A separação real entre a função jurisdicional e a função administrativa passa pelo campo dos interesses em jogo: enquanto a jurisdição resolve litígios em que os interesses em confronto são apenas os das partes, a Administração, embora na presença de interesses alheios, realiza o interesse público. Na primeira hipótese a decisão situa-se num plano distinto dos interesses em conflito. Na segunda hipótese verifica-se uma osmose entre o caso resolvido e o interesse público”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/->

²²⁰⁹ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n. 510/2016**. Em complemento, extraído do próprio acórdão: “Utilizando este critério [— o mencionado critério teleológico —], será possível distinguir a função administrativa da função jurisdicional naqueles casos problemáticos em que à Administração também cabe realizar uma composição de conflitos: estaremos perante um ato jurisdicional quando a sua prática se destine precisamente (especificamente, exclusivamente ou a título principal) à ‘realização do interesse público da composição de conflitos’, à ‘realização do direito e da justiça’ ou à ‘resolução de uma questão de direito’; estaremos perante um ato administrativo se, mesmo que a decisão envolva uma composição de interesses, ela for apenas o meio para prossecução de outro (ou outros) interesses públicos, isto é, se a finalidade exclusiva, principal ou específica da medida for a satisfação de necessidades públicas que não a de ‘dizer o direito’ no caso concreto”.

informalidade, agilidade, eficiência e principalmente em economia aos cofres estatais ao dar vida própria para diversos órgãos públicos moribundos e com utilidade limitada. Além disso, desafogaria o Poder Judiciário, retirando dele a competência para a tramitação de temas de menor relevância, permitindo que ele se dedique ao que é realmente importante juridicamente para o Estado e para a sociedade.

Conclui-se, dessa maneira, que os “Órgãos Orbitais” do Estado **não** detêm “Poder político” relevante e não estão submetidos, de nenhuma maneira, muito menos de forma hierarquizada, ao Poder Executivo, alguns deles podendo ser caracterizados inclusive como “**instâncias independentes**” em relação aos “três poderes”, com natureza jurídica semelhante a dos **tribunais**, e que além das funções executivas e legislativas podem também desenvolver **funções jurisdicionais**, em forma de “**Poder burocrático**” e não de “Poder político” relevante, observando a constituição e os limites da competência outorgada pela lei – superando, dessa forma, o primeiro obstáculo, consistente na demonstração do exercício da função jurisdicional por órgãos públicos para além do Poder Judiciário **sem** que haja derrogação do *princípio da separação entre os poderes* em sua dimensão negativa.

O segundo obstáculo, como apontado alhures, é desenhar um **modelo de Jurisdição para o Estado do século XXI** contendo órgãos públicos jurisdicionais Orbitais legítimos, capazes, imparciais e independentes de modo que possam realizar julgamentos como os proferidos pelos tribunais²²¹⁰, inclusive dotados dos efeitos da coisa julgada, e sem que isso interfira na competência de “Poder político” relevante do Poder Judiciário.

Esse desenho, a partir da visão acima dimensionada acerca da estrutura

²²¹⁰ “No se trata de la división de los tribunales según ramas de ordenamiento jurídico, de la distinción entre tribunales civiles y penales, o contencioso-administrativo y laborales, fenómenos comunes a todos los países europeos, en alguno de los cuales se da un grado aún mayor de división del trabajo; ni tampoco de la diversificación resultante de la estructura piramidal de la Administración de Justicia. La diversidad que importa ahora es la que resulta de la pluralidad de organizaciones judiciales, esto es, de la existencia de Tribunales pertenecientes a distintas autoridades, servidos por distintas clases de jueces y dotados de diferentes estructuras”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 133.

orgânica do Estado, exigira o enfoque especialmente sob três aspectos, o limite da competência²²¹¹ (**o que julgar? – cap. 8**), a independência (**como julgar? – cap. 9**) e a coparticipação entre as Jurisdições (**como integrar? – cap. 10**): a) identificar qual seria o núcleo²²¹² essencial e material da função jurisdicional consistente no exercício irreduzível²²¹³ do Poder político do Estado e, por consequência, qual o limite da competência a ser compartilhada entre o Órgão Orbital e o Poder Judiciário – “reserva do Judiciário” vs. “reserva do Orbital”; b) como dotar o julgador orbital de garantias de independência e imparcialidade e qual seria a diferença entre um Órgão Orbital e um tribunal de exceção²²¹⁴; e, c) definir instrumentos humanos e cibernéticos de coparticipação entre a Jurisdição enquanto “Poder político” relevante e a Jurisdição enquanto “Poder burocrático” – Poder Judiciário e Órgãos Orbitais.

São essas as questões abordadas nos três capítulos seguintes.

²²¹¹ “O conceito de competência é imprescindível para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais. Isso vale tanto em relação às competências do cidadão quanto em relação às competências do Estado”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.244.

²²¹² “Cuestión más problemática es determinar cuál sea el núcleo esencial de la reserva jurisdiccional, en razón al diseño constitucional de distinción y colaboración de poderes”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 106.

²²¹³ “[...] cuál sea el núcleo irreductible de dichas reservas”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 104.

²²¹⁴ “Aquéllos que, para alterar esa imparcialidad e independencia o disminuir las garantías procesales, se constituyen con personal juzgador ad hoc, seleccionando según pautas o criterios distintos de los comunes, o se sustraen a la organización común los Juzgados y Tribunales, o se les atribuye el conocimiento de determinado tipo de asuntos en función de características de su objeto, o de las personas, que resultan políticamente relevantes”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 100.

CAPÍTULO 8

JURISDIÇÃO PLURAL E RESERVA DE JURISDIÇÃO: LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL COORDENADA ENTRE PODER JUDICIÁRIO E ÓRGÃO ORBITAL

8.1 DIMENSÕES DA JURISDIÇÃO

Os múltiplos conceitos operacionais da categoria Jurisdição se obtêm não somente a partir de critérios clássicos e objetivos, como o Poder de julgar e fazer executar seus julgados, senão que esse Poder e essa função tem que ser conferidas e estabelecidas perante um conjunto complexo organizacional situado no aparato burocrático e gerencial do Estado, cuja forma de exercício e distribuição de competências varia no tempo e no espaço por influência política²²¹⁵, problematizando a Jurisdição na função em que se concretiza.²²¹⁶

Justamente em razão dessa complexidade é que firmar um conceito único e definitivo de Jurisdição é praticamente uma tarefa inviável de ser realizada. Não obstante, é possível traçar elementos essenciais, princípios ou sentidos atinentes à categoria e ao respectivo exercício.

No tocante às *características* da função do juiz, por exemplo, Garapon aduz que seriam duas as notas distintivas ao exercício da Jurisdição: a *jurisdictio*, isto é, a capacidade de dizer o direito, ou seja, os fundamentos da decisão, e o *imperium*, significando o Poder de impor uma solução às partes. A *jurisdictio* está correlacionada à ideia de convencimento a partir de uma decisão coerente com

²²¹⁵ “Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 178.

²²¹⁶ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 159.

regras e princípios, em uma função de justiça interpretando o direito racionalmente à luz de casos particulares, enquanto o *imperium* no caráter vinculativo do direito, conferindo aos juízes força executória em suas decisões. “Tradicionalmente, estes dois aspectos do trabalho judicial são indissociáveis: formam o poder e a autoridade da sentença”.²²¹⁷

Em seu turno, Dinamarco²²¹⁸, que conceitua a Jurisdição a partir da conjugação das ideias trazidas por Chiovenda e Carnelutti²²¹⁹ – inserindo elementos evolutivos –, acrescenta em sua definição a *finalidade*²²²⁰ de realização dos objetivos²²²¹, ou *escopos*²²²², que ultrapassam²²²³ as ideias apresentadas anteriormente sobre o conceito de Jurisdição para sedimentar não somente o viés “jurídico (atuação do direito material), como também os sociais (como a pacificação social) e os políticos (por exemplo, afirmação da autoridade estatal)”²²²⁴.

²²¹⁷ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 44 e 71.

²²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 177-263.

²²¹⁹ “Entre nós, Cândido Dinamarco apresenta uma definição de jurisdição estatal que alia os elementos essenciais do conceito de Chiovenda e de Carnelutti, conforme se pode notar: ‘função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos’. Oportuno anotar que Cândido Dinamarco, ao explicar o significado de jurisdição, vai além dessas ideias, incluindo a finalidade de realizar os escopos do processo, que ele tão bem detalha na sua obra *A instrumentalidade do processo*”. SOUZA, André Pagani de, *et al.* **Teoria geral do processo contemporâneo**. p. 56.

²²²⁰ “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 177.

²²²¹ “a) o jurídico, segundo o qual a jurisdição serve para atuar concretamente o direito; b) o social, que engloba a pacificação social com justiça e a educação para o exercício dos direitos e obrigações; e c) o político, que inclui a afirmação do poder do estado (de sua capacidade de decidir imperativamente) e a garantia de participação democrática e controle desse poder pela sociedade (concretização do valor liberdade)”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. p. 165.

²²²² “Fixar os escopos equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 177.

²²²³ “Embora seja o direito uma ciência normativa e portanto social, sendo social tudo quanto é jurídico, existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social. [...] Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 208.

²²²⁴ SOUZA, André Pagani de, *et al.* **Teoria geral do processo contemporâneo**. p. 56.

Em linhas gerais, acompanhando os ensinamentos de Dinamarco, o **escopo político** estaria sustentado em três²²²⁵ pilares, ou valores – poder, liberdade e participação –, fundamentais ao Estado constitucional para a estabilidade das instituições, consistentes, primeiramente, em afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (Poder); por segundo, na concretização do culto à liberdade, e, por fim, em assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política.²²²⁶

O **escopo jurídico**, em seu turno, emergiria da canalização de certas pretensões ao Poder Judiciário como único modo para eventual satisfação e o veto a qualquer outra possibilidade de pronunciamento jurídico, mesmo que decorrente de postulado consensual, mas especialmente quando a insatisfação se origine da recusa de alguém que poderia voluntariamente atender à pretensão mas assim não o faz, exigindo do juiz uma atuação prática da vontade jurídica preexistente.²²²⁷

O **escopo social**, por sua vez, teria a missão de organizar convenientemente a vida em sociedade gerando a paz social por meio da aplicação da justiça nos pronunciamentos jurisdicionais, que eliminariam insatisfações, conscientizariam a população sobre direitos e obrigações, gerariam segurança jurídica e impediriam ataques dos contrariados voltados à decisão estatal que estaria imunizada a partir da *res judicata*.²²²⁸

Espelhando-se nos ideais apresentados por Dinamarco, a partir de uma individualização tripartida exposta para o *viés político, jurídico e social* do processo, mas aplicando-os essencialmente à **Jurisdição**, esta categoria também pode ser segmentada nas mesmas três extensões, mas com conteúdos relativamente diferentes, ao lançar sobre a sociedade reflexos caracterizadores de cada um dos

²²²⁵ “No mesmo sentido é a observação de Miguel Reale, que, após ressaltar o caráter de ciência de síntese, peculiar à Teoria Geral do Estado, demonstra que o Estado apresenta uma face social, relativa à sua formação e ao seu desenvolvimento em razão de fatores socioeconômicos; uma face jurídica, que é a que se relaciona com o Estado como ordem jurídica; e uma face política, onde aparece o problema das finalidades do governo em razão dos diversos sistemas de cultura”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 127/8.

²²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 198/9.

²²²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 245/6.

²²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 189-197.

seus espectros, identificados como **dimensões política, jurídica e social** da Jurisdição.

As dimensões se entrelaçam, não obstante seja possível sedimentar notas caracterizadoras de cada uma delas. Por isso, apesar do paralelismo e da nítida separação em pontos específicos, em alguns momentos os conteúdos se aproximam e se identificam mutuamente. Por certo, em todas as dimensões estariam presentes os dois elementos caracterizadores indicados por Garapon: a *jurisdictio* e o *imperium*.

Destaque-se, nesse ponto, que a ideia central a ser desenvolvida na primeira parte desde capítulo 8 (8.1) é somente a de traçar um **panorama geral** sobre o conteúdo acerca das **dimensões política, jurídica (político-jurídica) e social** da Jurisdição, sem nenhum aprofundamento maior sobre os respectivos temas, precipuamente como ilustração para facilitar a compreensão do conteúdo delineado na segunda parte deste capítulo (8.2), quando, também com auxílio das dimensões da Jurisdição (8.1), pretende-se identificar, ao menos por aproximação, o **núcleo** material da função jurisdicional, permitindo, por conseguinte, o delineamento das competências jurídicas que estariam dentro da “**reserva de Jurisdição do Poder Judiciário**”, assim como da “**reserva de Jurisdição do Órgão Orbital**”, de suma importância para o desenvolvimento da Jurisdição Plural (*o que julgar?*).

8.1.1 Dimensões Política e Jurídica

Apesar da Jurisdição ser uma atividade existente desde os primórdios da civilização e, por lógica, antes mesmo do surgimento do Estado moderno no século XVIII, estatizada em forma de monopólio público desde então, a partir da adoção da teoria da separação de poderes de Montesquieu pelos Estados constitucionais, o significado, ou o objetivo da Jurisdição transcendeu a mera resolução dos conflitos sociais. À Jurisdição, como função exercida pelo Poder Judiciário (Jurisdição una), também se agregou a missão de equilibrar os poderes estatais e, principalmente, assegurar a estabilidade do governo para evitar o ressurgimento do despotismo, da tirania e do totalitarismo, propiciando, de acordo com os ensinamentos de

Dinamarco²²²⁹, Poder, liberdade e participação da sociedade no Estado²²³⁰.

Esse exercício de controle das funções legislativa e executiva pela Jurisdição “significa que as funções legislativa, executiva e judiciária são combinadas na competência dos tribunais”, submetendo-se, com isso, “que os poderes legislativo e executivo estão divididos entre os chamados órgãos legislativo e executivo, por um lado, e os tribunais, por outro” .²²³¹ E é nesse campo que emerge a dimensão política da Jurisdição, diversificada em inúmeras facetas.

O papel do Poder Judiciário no desenho constitucional da divisão de poderes no Estado moderno foi e continua sendo uma das constantes abertas na história. Desde a identificação da Jurisdição como Poder na clássica teoria de Montesquieu, ao lado do Executivo e do Legislativo, o Judiciário vinha sendo mantido com sua dialética própria e alheia à política. Precisamente na definição de Montesquieu, com um juiz concebido para ser a mera boca da lei, um ser inanimado incapaz de moderar o rigor e a força legislativa, pretendia ser uma resposta teórica aos excessos dos tribunais franceses durante o absolutismo monárquico.²²³²

Porém, na atualidade – principiado, por certo, a partir da visão e da primeira constituição estadunidense e do caso *Marbury vs. Madison* –, passados mais de dois séculos desde a revolução e a adoção do Estado constitucional com o princípio da separação, iniciou-se a aceitação de um rol político existente no Poder Judiciário nas democracias ocidentais. As transformações sociais e estatais vislumbradas no decorrer da evolução humana nos últimos séculos permitiu redescobrir a existência de uma dimensão política para o exercício da Jurisdição do Estado. Como uma constante nas democracias contemporâneas, o Judiciário perdeu seu tradicional *status* retirado da política, passando a se integrar nela como elemento racionalizador, concretizador²²³³ e legitimador de um sistema democrático

²²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 177-264.

²²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 198/9.

²²³¹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 402/3.

²²³² SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 21/2.

²²³³ “Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos

e complexo.²²³⁴

Dentro da delimitação do campo da política e das ações políticas, o Poder político²²³⁵ pode ser definido como o instrumento de força e coação pelo qual as diversas formas de Poder, especialmente o econômico e o ideológico, servem-se para obter os efeitos por eles desejados, como aduz Bobbio²²³⁶. O próprio direito tem inegavelmente um fim político, utilizado como instrumento estatal para a consecução de seus objetivos que se situam por detrás das próprias leis, conforme preceitua Dinamarco²²³⁷. Afinal, destaca Dallari, “como sociedade política, voltada para fins políticos, o estado participa da natureza política, que convive com a jurídica, influenciando-a e sendo por ela influenciada”²²³⁸.

Conforme exposto anteriormente na presente pesquisa, o Estado, enquanto grupo social, também é detentor de Poder, o Poder político ou estatal juridicamente estruturado²²³⁹, como destacado por Zippelius, para coordenar e impor limites à sociedade civil composta por uma multiplicidade de grupos sociais distintos e indivíduos, de acordo com Silva.²²⁴⁰ Nas palavras de Heller²²⁴¹, o Poder político do Estado é sempre legal, isto é, Poder político juridicamente organizado, correspondente à eficácia da ordem jurídica, acompanhando os ensinamentos de Kelsen²²⁴².

fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 5 abr. 2020.

²²³⁴ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. p. 21/2.

²²³⁵ “O fenômeno do poder político manifesta-se no fato de as normas que regulam o uso desses instrumentos se tornarem eficazes. O ‘poder’ não é prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões; o ‘poder’ não é algum tipo de substância ou entidade por trás da ordem social. O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 274/5.

²²³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. p. 221.

²²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 199-200.

²²³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 128.

²²³⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 467.

²²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 109.

²²⁴¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 244.

²²⁴² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 274/5.

Nesse espectro, Dallari afirma que toda a atividade estatal implica em um entrelaçamento de situações, relações, comportamentos e objetivos que compreendem aspectos jurídicos mas que, concomitantemente, contém um indissociável conteúdo político, não sendo possível, de fato, estabelecer a nítida distinção entre o jurídico e o político, notadamente diante do dinamismo característico do Estado existente na sociedade contemporânea.²²⁴³

Em razão dessa simetria e justaposição entre as atividades políticas e jurídicas do Estado, especialmente diante de fenômenos mais contemporâneos como a hermenêutica constitucional e a judicialização da política, as duas dimensões da Jurisdição aqui propostas, *política* e *jurídica*, serão abordadas conjuntamente, formando a **dimensão político-jurídica**.

Como se demonstrará posteriormente, um dos objetivos de dimensionar a Jurisdição é se aproximar de um limite de atuação dos Órgãos Orbitais jurisdicionais da Jurisdição Plural: enquanto ao *Poder Judiciário* estariam reservadas as dimensões *política* e *jurídica*, a atuação dos *Orbitais* estaria inserida em parcela da dimensão *social* – outra parte da dimensão social também seria exclusividade do Judiciário. Dessa forma, apesar da distinção, serão essas duas dimensões tratadas no *mesmo tópico*, sem que se definam as fronteiras exatas entre elas, porque não determinante para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Apesar disso, acompanhando as lições de Otto, nunca é demais ressaltar que a atuação do Judiciário na dimensão política da Jurisdição **não** induz que o **político** deva prevalecer sobre o **jurídico**.²²⁴⁴ Nesse campo jurisdicional, especialmente nas cortes supremas constitucionais em que se realiza o controle de

²²⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 127.

²²⁴⁴ No mesmo sentido: "[...] ainda que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre obrigado a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico. Ora, esse procedimento ganha uma dimensão política ainda mais importante num contexto em que a Constituição incorpora um extenso elenco de direitos fundamentais. Apesar disso tudo, não é imaginável que o juiz possa decidir à margem de qualquer referência ao sistema jurídico. Da perspectiva do direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico". CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 60.

constitucionalidade, poder-se-ia chegar à conclusão que, de certo modo, e em algumas situações, diante da amplitude decisória e ausência de densidade constitucional predeterminando a atuação do julgador, a decisão considerada jurídica seria lastreada com viés político, e não com base no direito, permitindo que essa modalidade de Jurisdição fosse qualificada como unicamente política, a partir de uma distinção em que aparecem como atos políticos aqueles que são fruto de uma decisão livre e não submetida previamente à normatização, enquanto que não seriam políticos aqueles que estivessem normativamente pré-determinados, programados.²²⁴⁵

A linha divisória entre *direito* e *política* vê na primeira uma dedução metódica para a tomada de decisão e na segunda uma decisão, ao menos do ponto de vista da sua construção, livre. Sob esse ponto de vista, a cúspide do Poder Executivo e do Poder Legislativo é fazer política, porque não aplicam tecnicamente o direito para fundamentar a tomada da decisão - em regra as normas constitucionais a que estão submetidos limitam a decisão mas não a pré-determinam nem a programam: a decisão não é, no núcleo essencial do Poder, aplicação da norma - e os órgãos subordinados da administração, assim como os órgãos da Jurisdição, não fazem política, senão direito, pois seus atos estão previamente programados em normatização, não apenas atuando por meio delas, como também as aplicando.²²⁴⁶

Na divisão orgânica do Estado moderno, os órgãos da Jurisdição constitucional aparecem como órgãos políticos, porque apesar de sua função essencial ser a aplicação da normatização, as predeterminações que contém as constituições são mínimas, pouco densas, destacadamente na seara dos direitos fundamentais. Seriam, no entanto, órgãos puramente jurídicos, acompanhando a mesma divisão do Estado moderno, se ao invés de adotar decisões se limitassem a atuar naquilo já decidido pelo Poder constituinte, mediante uma dedução de seus juízos a partir da normatização constitucional com o método puramente jurídico. Porém, essa operação silogística não tem espaço contemporaneamente porque as normas constitucionais, especialmente as que tratam de direitos fundamentais, não

²²⁴⁵ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 76.

²²⁴⁶ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 76.

operam por simples subsunção. E esta escassa densidade, com a consequente liberdade de julgamento, traz como consequência que a Jurisdição constitucional redefina a diferença entre política e direito, de modo que notadamente as cortes constitucionais surjam como órgãos que tomam decisão política sob a roupagem da aplicação jurídica da normatização.²²⁴⁷

Isso não quer dizer que a decisão tomada na Jurisdição constitucional seja livre e não fundamentada como ocorre na decisão política. Ao contrário. Apesar de não haver predeterminação, a constituição do Estado apresenta à sociedade e ao Estado a observância de valores, princípios e outros imperativos constitucionais cuja não observância acarreta a inconstitucionalidade da decisão, seja ela jurídica ou política^{2248, 2249}

Aliás, conforme preceitua Barroso, essas mudanças que ensejaram uma interpretação constitucional para além da tradicional foram pautadas ao menos por três alterações no pensamento jurídico clássico, consistentes, primeiramente, na *superação do formalismo jurídico*, que enxergava o direito como expressão de uma justiça imanente que se concretizava mediante uma operação lógica dedutiva, cuja solução para os problemas jurídicos era encontrada de maneira pré-pronta no ordenamento, acompanhando o pensamento positivista-liberal. Também no advento de uma *cultura pós-positivista*, que insere dentro da tomada de decisão jurídica outros conhecimentos técnicos além daqueles fornecidos pelo direito para encontrar a resposta que a norma não fornece.²²⁵⁰

E, por último, na *ascensão do direito público e na centralidade da Constituição*; nesse campo, a teoria jurídica do século XIX havia sido construída

²²⁴⁷ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 76/7.

²²⁴⁸ “Lo que interesa señalar con insistencia es que, sean cual sean los motivos efectivos de la decisión, ésta sólo puede legitimarse si se presenta bajo esa ropaje argumental y que, por tanto, en el proceso decisorio se rechazan todas aquellas soluciones que no son susceptibles de esa cobertura. Y en ello radica la diferencia básica con el proceso de la decisión política, en la que la sumisión a la norma se realiza sin el intermedio de la regla de aplicación”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 79, em nota de rodapé.

²²⁴⁹ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 69.

²²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 297.

predominantemente sobre as categorias do direito privado. O século XIX inicia com o Código Civil napoleônico, de 1804, e termina com o Código Civil alemão, em 1900, cujos protagonistas do direito eram os contratantes e os proprietários.²²⁵¹

No decorrer do século XX, observa-se uma profunda modificação nesse cenário com a publicização do direito diante da proliferação de normas de ordem pública, resultando na centralização da constituição, que impõe uma interpretação jurídica a partir dela, com seus valores e seus princípios. Como consequência, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, uma interpretação constitucional.²²⁵²

E assim, na esfera política, a tarefa essencial desenvolvida é a de *nomofilática*²²⁵³ constitucional com a consequente proteção geral sobre o ordenamento jurídico e a atividade do Poder estatal²²⁵⁴, sem negar que em nível reflexo suponha também a proteção de interesses subjetivos e, em particular, dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.²²⁵⁵ Dessa forma, o Poder Judiciário representa o órgão estatal responsável pela concretização das liberdades públicas e direitos fundamentais proclamadas pela declaração constitucional de direitos e pelas convenções internacionais reconhecidas e fundadas na defesa dos direitos das gentes, agindo o juiz como verdadeiro instrumento da constituição e exercendo, por consequência, uma missão socialmente importante e politicamente sensível²²⁵⁶.

²²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 297.

²²⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 297.

²²⁵³ Nesse sentido, observa-se em disposição do voto do Ministro Teori Zavascki que a *nomofilática* teria como pressuposto lógico a inafastável força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739.

²²⁵⁴ “*Pero la potestad jurisdiccional conlleva, a la par y de manera refleja, una función nomofiláctica o protectora del ordenamiento jurídico*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 92.

²²⁵⁵ “[...] *la tarea primordial de nomofilaxis-constitucional que desarrolla, y a su protección general sobre el ordenamiento jurídico y a la actividad del resto de los Poderes [...], sin negar que a nivel reflejo suponga la protección de intereses subjetivos, y en particular de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 122.

²²⁵⁶ “O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da

8.1.2 Dimensão político-jurídica

As dimensões **política** e **jurídica** serão analisadas conjuntamente, formando a dimensão **político-jurídica** da Jurisdição, tendo como foco a *participação da comunidade na vida democrática do Estado*, ou seja, a atuação do Poder Judiciário na função eleitoral; a *separação de poderes*, a *manutenção das liberdades públicas* e a *efetivação dos direitos fundamentais* por meio da *revisão judicial* dos atos de Poder político relevante do Estado, e; a *manutenção da integridade do direito* pelo Poder Judiciário enquanto intérprete final do ordenamento jurídico.

8.1.2.1 Participação democrática na atividade política do Estado

A **participação** da comunidade na **democracia** do Estado pode ser considerada o ponto de partida da dimensão político-jurídica da Jurisdição. Nesse contexto, pode-se afirmar que a política²²⁵⁷, nas palavras de Gomes, estabelece uma realidade dinâmica que se relaciona com tudo o que diz respeito à vida coletiva, sendo em geral compreendida como as relações da sociedade civil com o Estado. Cuida-se, igualmente, de esfera de Poder²²⁵⁸, constituída socialmente, na qual se

pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.**

²²⁵⁷ "Pensamos que, para se negar ou afirmar a natureza política da atividade do Poder Judiciário, é preciso que se comece por conceituar o que seja política. Pode-se defini-la como sendo a determinação, por um ser, de seus próprios fins. Nesse sentido, todo homem exerce atividade política, porquanto determina seus próprios fins. Pode-se ir além e dizer que todo corpo social exerce atividade política, na medida em que se autodetermina, em busca, antes de tudo, de sua própria sobrevivência, pois não é difícil observar que também as organizações sociais têm instinto de conservação, dificilmente aceitando a sua própria morte ou dissolução. Não é, no entanto, nesse sentido que se põe a pergunta a respeito da eventual natureza política da função judiciária. O que se indaga é se o Poder Judiciário, como órgão do Estado, exerce a função de fixar fins do Estado". TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 52.

²²⁵⁸ Por poder compreende-se o fenômeno pelo qual um ente (pessoa ou grupo) determina, modifica ou influencia o comportamento de outrem. A dominação exercida sobre outrem propicia que projetos e objetivos sejam perseguidos e realizados. A maneira como sentimos, agimos e pensamos – tanto no plano individual quanto no coletivo – pode ser determinada pelo poder. Tal fenômeno não é uma propriedade ou atributo de algo ou alguém, mas uma relação que se estabelece entre sujeitos. A natureza do poder é, pois, relacional. De um lado, há o sujeito ou ente que detém o poder, e, de outro, o que a ele se submete. As relações de poder encontram-se arraigadas e pulverizadas na sociedade sob diversas formas. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 1.

agregam múltiplos e contraditórios valores e interesses. Por isso, modernamente, consolidou-se a ideia²²⁵⁹ de ligação da política com o governo, próximo daquilo que se observava na Grécia antiga com relação à *polis*, com a nítida conceituação voltada ao Estado e à governança, à administração da coisa pública e a influência, ações e processos de decisão governamentais, buscando o bem comum, assim como a realização de atividades essenciais ao Estado.²²⁶⁰

Por isso, os **direitos políticos**²²⁶¹ formam a base do regime democrático de um Estado, constituindo-se em antecedentes lógicos aos fundamentos republicanos e em um conjunto de prerrogativas de direito público atribuído ao nacional com a qualidade de cidadão, o que permite a sua participação direta e indireta na formatação e organização da vontade estatal, por meio do sufrágio, plebiscito, referendo, iniciativa popular²²⁶² e, no campo jurisdicional, também com ações constitucionais e coletivas²²⁶³, com reflexos na área do direito que regula a soberania popular diante do fato de todo Poder emanar do povo.²²⁶⁴

Na esfera da **democracia**²²⁶⁵ e da **eleição** dos representantes do povo

²²⁵⁹ A política constitui dimensão essencial da vida humana em sociedade. Em um sentido, trata-se de esfera de poder, formada socialmente, na qual se agregam múltiplos e, por vezes, contraditórios valores e interesses. Em geral, a política é associada ao que concerne à polis, ao Estado, à arte ou ciência de governar e administrar a res pública, de influenciar no governo estatal e no processo de tomada de decisões públicas, sobretudo na definição de ações e políticas públicas. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral essencial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 2.

²²⁶⁰ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 1-3.

²²⁶¹ “[...] por direitos políticos, entendemos as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da ‘vontade’ do Estado”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 125.

²²⁶² “O escopo jurisdicional de canalizar a participação democrática está à base da ação popular, muitas vezes apontada entre os institutos pertinentes à jurisdição constitucional das liberdades, bem como na legitimação das associações para demandas de proteção ao meio ambiente e outros valores. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 201.

²²⁶³ “Por outro lado, é preciso deixar claro que a pacificação social é apenas uma consequência da adequada tutela jurisdicional, e não um elemento capaz de definir a essência da jurisdição. Além disso, é importante frisar que a jurisdição exerce, no Estado contemporâneo, uma relevante função diante da imprescindibilidade da participação popular na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 98.

²²⁶⁴ VASCONCELOS, Clever. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 44

²²⁶⁵ “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva d cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 202.

atua um ramo do direito público denominado eleitoral, cujo objeto são os institutos, a normatização e os procedimentos que regulam especialmente o exercício do direito fundamental ao sufrágio visando à concretização da soberania popular de modo a legitimar o próprio Poder estatal, encontrando-se nesse microssistema encerrada toda a matéria ligada ao exercício de direitos políticos e das eleições, em resguardo a grandes bens jurídico-políticos tutelados em um Estado que adota a separação entre os poderes: “a democracia, a legitimidade do acesso e do exercício do poder estatal, a representatividade do eleito, a sinceridade das eleições, a normalidade do pleito e a igualdade de oportunidades entre os concorrentes”.²²⁶⁶

Ao longo desse processo histórico de afirmação da soberania popular por meio da democracia representativa²²⁶⁷ foram desenvolvidos métodos de **controle das eleições** e da investidura em mandatos representativos, divididos em dois grandes sistemas: o *legislativo* e o *judiciário*. No **legislativo**, são seus próprios membros que controlam seus mandatos, comandam as eleições e decidem todas as controvérsias dela decorrentes. Foi consagrado, inicialmente, na Inglaterra com o *Parliamentary Election Act*, em 1695, e posteriormente na França, com a Constituição de 1791, o que representou, na época, um avanço contra o absolutismo monárquico. Mas não tardou para que problemas estruturantes fossem também verificados, especialmente diante da discricionariedade dos julgamentos, cujas decisões estavam a cargo, em regra, de agentes políticos não qualificados para a tomada de decisões jurídicas, assim como do excesso de corporativismo.²²⁶⁸

O sistema **judiciário** surgiu exatamente como uma evolução do sistema legislativo para combater as graves distorções e insuficiências encontradas. O corpo

²²⁶⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral essencial**. p. 7.

²²⁶⁷ “Na chamada democracia representativa, onde o princípio democrático se reduz à eleição dos órgãos criadores de Direito, o sistema eleitoral é decisivo para o grau em que se concretiza a ideia de democracia. Votar é um processo de criação de órgãos. Certos indivíduos, os votantes ou eleitores, escolhem um ou mais indivíduos para alguma função. O número de votantes sempre é consideravelmente maior que o número de indivíduos a serem eleitos. O ato por meio do qual um indivíduo é eleito, a eleição, compõe-se de atos parciais dos votantes, os atos de votar. O instrumento por meio do qual se exerce a função de votar é o voto. [...] O direito de sufrágio é o direito do indivíduo de participar do processo eleitoral dando o seu voto. [...] Está na natureza da democracia que o direito de sufrágio deva ser universal”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 418/9.

²²⁶⁸ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 92.

juiz, antes composto por membros atécnicos do legislativo, passou a ser jurisdicional, contendo integrantes do Judiciário, o que possibilitou julgamentos de acordo com regras jurídicas que resguardassem a democracia e a soberania popular. O sistema foi primeiramente observado no *Election Petitions and Corrupt Practices at Elections Act*, de 1868, e no *Parliamentary Elections and Corrupt Practices Act*, de 1879, promulgados na Inglaterra buscando combater fraudes eleitorais que infestavam a praxe britânica, encontrando eco em outros Estados que igualmente necessitavam de um maior controle de suas eleições.²²⁶⁹

E é precisamente nesse contexto que a primeira faceta dimensão política da Jurisdição está sedimentada, como um arquétipo **garantidor da democracia** no Estado constitucional contemporâneo, como é o caso de tudo o que circunda as eleições. “O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo quando se toma a expressão no seu sentido mais estreito”.²²⁷⁰

Dessa maneira, como apontado anteriormente na presente pesquisa, para aumentar ainda mais essa garantia algumas constituições de Estado vêm adotando classificação pentapartite, destacando da esfera dos demais poderes de Estado as funções político-eleitorais do Poder estatal, como é o caso das Constituições da Venezuela e do Equador, onde nelas se vislumbram o “Poder Eleitoral” ou a “função eleitoral” como responsáveis pelas eleições estatais e, por consequência, resguardo da democracia.

Sem embargo, essa esfera da dimensão política **difere** das demais dimensões por não cuidar, precipuamente, da *manutenção do ordenamento jurídico*, *interpretação do direito* ou da *resolução dos conflitos sociais*, características presentes na maior parte das conceituações apresentadas para a categoria *Jurisdição*.²²⁷¹

²²⁶⁹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 92.

²²⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 350.

²²⁷¹ “Em um Estado cujo perfil seja ativo, a exemplo do Estado social e do Estado democrático de direito, a resolução de conflitos subjetivos é pretexto para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Deste modo, antes de investigar sobre que tipo de jurisdição se

Há, nesse âmbito, uma **função administrativa**²²⁷² da Jurisdição em sua dimensão política consistente na preparação, organização e administração de todo o processo eleitoral²²⁷³ – burocracia, procedimentos, verificação da capacidade eleitoral ativa e passiva, eleição, contagem de votos, diplomação²²⁷⁴ –, que inicia com uma simples expedição de um documento consistente em um título de eleitor, passando pela verificação de regularidade do domicílio eleitoral, pela fixação de zonas eleitorais, pela designação de locais de votação culminando na realização de eleições com a consequente apuração dos votos, que vão apontar os representantes da sociedade em todas as esferas políticas de “governo²²⁷⁵” do Estado, tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo.²²⁷⁶

Além dessa função administrativa, que em nada se assemelha à administração necessária à organização dos tribunais ou à efetivação dos seus julgados, outras duas notas distintivas da dimensão política da Jurisdição, contrariamente ao que ocorre ordinariamente, são a possibilidade de editar textos normativos com força de lei – **função normativa** –²²⁷⁷, assim como exercer uma **função consultiva**²²⁷⁸, inclusive para dirimir dúvidas de partidos políticos de

pretende para uma determinada sociedade, inevitável observar qual o perfil do Estado que se possui. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais e o todo o conteúdo inerente ao Estado democrático de direito que estão sempre por trás de toda e qualquer lei”. ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais**. p. 2110.

²²⁷² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 97.

²²⁷³ A constituição da Venezuela faz uma divisão pentapartite entre os Poderes do Estado, incluindo neles o Poder Cidadão e o Poder Eleitoral, “previsto no art. 292 da Constituição, que apregoa: ‘o Poder Eleitoral se exerce pelo Conselho Nacional Eleitoral como diretor e, são organismos subordinados a este, a Junta Eleitoral Nacional, a Comissão de Registro Civil e Eleitoral e a Comissão de Participação Política e Financiamento’. Suas atribuições são, nos termos do art. 293, regulamentar as leis eleitorais e resolver as dúvidas e vazios que estas suscitem, declarar a nulidade total ou parcial das eleições, manter, organizar e dirigir o Registro Civil e Eleitoral etc”. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

²²⁷⁴ VASCONCELOS, Clever. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 71.

²²⁷⁵ Compreendendo o preenchimento dos cargos dos Poderes Executivo e Legislativo, como destacou Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 102-108.

²²⁷⁶ VASCONCELOS, Clever. **Direito eleitoral**. p. 214-219.

²²⁷⁷ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código. BRASIL. **Código Eleitoral**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 4 fev. 2020.

²²⁷⁸ BRASIL. Código Eleitoral. Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com

maneira prévia ao “conflito” que posteriormente será julgado pelo mesmo órgão jurisdicional-consultivo.²²⁷⁹ Essas três funções, *administrativa, normativa e consultiva*, **não** são estritamente jurisdicionais²²⁸⁰.

A **função jurisdicional**, por sua vez, assume na dimensão *política* da Jurisdição especial relevo, pois é por meio dela que todos os conflitos eleitorais surgidos são dirimidos, julgam-se contas, habilitam-se candidatos, aprovam-se coligações, diplomam-se eleitos, tudo a partir das decisões jurídicas, ocasião em que, principalmente, garantem-se direitos políticos que, se não podem ser cassados²²⁸¹, sofrem ameaça de perda e suspensão²²⁸² – os mandados eletivos, por sua vez, podem ser cassados²²⁸³. A atuação jurídica na dimensão política da Jurisdição também representa “*exclusiva garantía de la libertad e independencia de los parlamentarios frente a persecuciones meramente políticas - fumus persecutionis* -, *que no jurídicas*”²²⁸⁴.²²⁸⁵

jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: fev. 2020.

²²⁷⁹ “Outra função peculiar à Justiça Eleitoral é a consultiva. O Poder Judiciário, por definição, não é órgão de consulta, somente se pronunciando sobre situações concretas levantadas pela parte interessada. Tanto é assim que, para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade (CPC, art. 17), devendo a petição inicial conter as causas de pedir próxima e remota, isto é, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (CPC, art. 319, III). Todavia, os altos interesses concernentes às eleições recomendam essa função à Justiça Eleitoral. Previnem-se, com efeito, litígios que poderiam afetar a regularidade e a legitimidade do pleito. Tanto o TSE quanto os TRES detêm atribuição para responder a consultas”. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 96.

²²⁸⁰ “[...] funciones del Juez que, como las electorales, no son estrictamente judiciales”. ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 176.

²²⁸¹ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

²²⁸² “É isso que ocorre, e. g., nas decisões que imponham multa pela realização de propaganda eleitoral ilícita (LE, arts. 36, § 3º, e 37, § 1º), que decretam inelegibilidade na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), que cassem o registro ou o diploma nas ações fundadas nos artigos 30-A, 41-A e 73 da Lei no 9.504/97”. GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 98.

²²⁸³ As hipóteses constitucionais de cassação de mandatos estão previstas nos arts. 52, parágrafo único, 55, 85 e 86 da Constituição Federal. Sempre lembrando que as Constituições Estaduais, bem como as Leis Orgânicas dos Municípios também definem hipóteses e procedimentos nos respectivos níveis federativos. Some-se a isso, o que dispõe o art. 1º, I, b e c, da Lei Complementar n. 64/90. VASCONCELOS, Clever. **Direito eleitoral**. p. 50.

²²⁸⁴ SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 114.

²²⁸⁵ “De este modo, los jueces no son presentados como los grandes garantes de los ciudadanos frente a unos poderes públicos magnificados, a la par que activos agentes políticos y

Desse modo, o exercício da Jurisdição em sua *dimensão política* voltada à *participação da sociedade no governo* por intermédio do *sufrágio* difere das demais dimensões notadamente porque os juízes não são apresentados simplesmente como garantidores de direitos aos cidadãos diante de poderes públicos – e privados – consolidados, mas também como agentes políticos responsáveis pela manutenção do equilíbrio entre os poderes por meio da própria **democracia**²²⁸⁶, exercendo, para tanto, além das jurisdicionais, funções administrativas, normativas e consultivas. “*Por eso puede decirse que la magistratura, también aquí, ha pasado de ser sólo una articulación del aparato estatal a formar claramente parte del sistema político*”²²⁸⁷.

Dessa forma, constituindo-se o Judiciário em um Poder tanto quanto o Executivo ou o Legislativo, exerce, ainda que não diretamente a atividade de governo, mas a atividade *política*, como instrumento e voltada ao fim²²⁸⁸ *democrático* do Estado, o que, muito embora seja hoje uma realidade, historicamente nem sempre foi bem aceito no arquétipo funcional e organizacional estatal, especialmente pelos juristas europeus do continente que partem de uma visão da supremacia do Legislativo sobre o Judiciário – como ocorria no Estado constitucional liberal francês, mas que foi contornado com o surgimento do Estado constitucional democrático²²⁸⁹.

potencialmente capazes de desestabilizar el sistema democrático; de ahí, por tanto, la necesidad de alcanzar una adecuada interpretación de la división de Poderes y del lugar del Poder Judicial en la actualidad, en cuanto que apta para satisfacer las necesidades garantísticas y sociales de los ciudadanos, pero sin quebrar el orden político y democrático”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 44.

²²⁸⁶ “Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p.39.

²²⁸⁷ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 122.

²²⁸⁸ “Não é, comum, todavia, definição tão restrita e precisa de política (determinação, por um ser, de seus próprios fins). Pode-se entender por política também a escolha dos meios para o atingimento de fins e, com sentido assim ampliado, dificilmente pode negar-se que o Judiciário, sobretudo por seus tribunais superiores, exerce também função política”. TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo**. p. 52.

²²⁸⁹ Nesse contexto: “Na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. p. 12/3.

8.1.2.2 Separação dos poderes, garantia das liberdades públicas e atuação contramajoritária

Delineada a importância política da função jurisdicional na garantia da participação popular da comunidade da democracia estatal, expõe-se, agora, o segundo viés, eminentemente jurídico, sobre a separação de poderes estatais, garantia das liberdades públicas e atuação contramajoritária da função jurisdicional.

A importância do **controle jurídico** dos atos de Poder político relevante pela Jurisdição, mantendo a *separação de poderes* do Estado, evitando a concentração, e ao mesmo tempo preservando as *liberdades públicas* e os *direitos fundamentais*, foi abordada nas fases antecedentes da presente pesquisa, desde o Estado liberal até o Estado democrático. Urge salientar nesse caminho de exercício jurisdicional de *Poder político* que contemporaneamente um dos maiores reflexos que essa esfera da dimensão político-jurídica recai especialmente na atuação **contramajoritária** da Jurisdição em relação aos poderes políticos de *governo* – revisão judicial de atos derivados das funções executiva e legislativa. E esse será o foco do presente tópico, sem prejuízo, conforme ressaltado, do conteúdo anteriormente exposto nesta pesquisa, o qual não se irá repetir aqui para evitar a tautologia.²²⁹⁰

Conforme também anteriormente delineado, a separação entre o direito e a política é considerada essencial em um Estado constitucional democrático. Enquanto na *política* vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, com o consequente domínio da vontade, no *direito* vigoram o primado da lei (*rule of law*) e os direitos fundamentais, com o consequente domínio da razão, por certo que essa divisão também deve ser observada sob óticas distintas: enquanto no campo da criação do direito a política, por intermédio da vontade da maioria, é essencial ao processo constituinte ou legislativo, restando o direito como um dos principais

²²⁹⁰ “E o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra lesões ocasionadas pelo Estado”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 534/5.

produtos da política, legitimando e limitando o Poder político, na aplicação do direito a separação é algo possível e desejável, evitando a ingerência do Poder político sobre a atuação judicial.²²⁹¹

Isso não impede, contudo, que a maior parte dos Estados democráticos reserve parcela do Poder político estatal e conceda seu exercício ao Judiciário, depositada em juízes não eleitos pelo povo. Nesse campo, não há maiores digressões quando o juiz atua dentro da sua competência constitucional para solucionar litígios em geral, como, por exemplo, o pagamento de indenização ou a decretação de um divórcio. A situação ganha maior complexidade quando o “Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado seja parte”, pois, nesses casos, “juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazer leis, construir estradas ou definir as políticas de saúde”, o que em grande escala se operacionaliza especialmente por meio das **cortes constitucionais**^{2292, 2293}.

O poder ilimitado de *controle de constitucionalidade* pode ser reservado a uma corte constitucional²²⁹⁴, que pode estar autorizada pelo ordenamento jurídico a

²²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 448.

²²⁹² “Inicialmente, relembremos, com Mauro Cappelletti, que essas cortes situam-se fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, não podendo ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos estatais. É que, prossegue o mestre italiano, a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos três poderes tradicionais, mas que incide de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência às normas constitucionais. A toda evidência, essa arbitragem consubstancia prerrogativa essencialmente política - de nítido teor constituinte, aliás - porque, embora disfarçadas em trajes hermenêuticos, essas novas leituras da constituição, a que chamamos de mutações constitucionais, implicam também novas tomadas de decisão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sobre os espaços que, a critério dos juízes e não dos eventuais contendores, as cortes constitucionais venham a considerar próprios de cada poder do Estado”. COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 43.

²²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 450/1.

²²⁹⁴ “O poder de examinar a constitucionalidade das leis e de invalidar leis inconstitucionais pode ser conferido, como uma função mais ou menos exclusiva, a um tribunal constitucional especial, enquanto os outros tribunais têm apenas o direito de solicitar ao tribunal constitucional o exame e a anulação das leis que eles têm de aplicar, mas que consideram inconstitucionais. Essa solução do problema significa uma centralização da revisão judiciária da legislação”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p.383.

abolir uma lei não apenas individualmente, mas de modo generalizado, extirpando a normatização do ordenamento jurídico de modo definitivo, cuja decisão passa a ostentar *status* de um precedente vinculando todos os demais aplicadores do direito, funcionando o Judiciário, nesses moldes, como verdadeiro *legislador negativo*. Por isso que, para compensar esse antagonismo entre as funções legislativas e jurisdicionais, uma positiva e outra negativa, normalmente essas supremas cortes são compostas por membros indicados, ou cancelados, pelo parlamento - “*un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial*”²²⁹⁵.²²⁹⁶

Não por outro motivo a constituição brasileira asseverou a responsabilidade político-constitucional dos ministros do Supremo Tribunal Federal perante o Senado Federal, podendo sofrer *impeachment*²²⁹⁷, e ao Judiciário foi possibilitada a realização de audiência pública para tratar de determinados temas antes da efetivação da decisão jurídica - por exemplo, conforme disposição das leis n. 9.868/99²²⁹⁸, 9.882/99²²⁹⁹ e do Regimento Interno do STF²³⁰⁰.²³⁰¹

²²⁹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos*. p. 128.

²²⁹⁶ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. p.382/3.

²²⁹⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. p. 128.

²²⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

²²⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

²³⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em: 4 fev. 20.

²³⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. “O Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, requereu a realização de audiência pública, indicando rol de professores a serem ouvidos, dos quais ficaria dispensada a intimação (folha 270). O citado Procurador requereu a juntada de documentos. Aberta vista à argüente, esta ressaltou a neutralidade das peças (folhas 275 e 284). À folha 286 à 500, está a documentação do incidente suscitado, com o acórdão relativo à concepção do Plenário. Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. Antes mesmo de a Procuradoria-Geral da República vir a preconizar a realização, havia consignado, na decisão de 28 de setembro de 2004, a conveniência de implementá-las. (...), Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição - viabilizada a juntada de memoriais - e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h: (...). Quanto ao requerimento do Ministério Público formalizado à folha 270, no sentido de serem ouvidos oito professores, sem especificação das respectivas áreas de atuação, indefiro o pedido. Faço-o tendo em conta o que viabilizado em termos de conveniência pela lei regedora da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Vale frisar, por oportuno, que a relação de entidades mencionadas já revela a audição sob os diversos ângulos envolvidos na espécie.”

Essa ação jurisdicional de controle sobre os atos estatais pode se dar inclusive nos casos de *inércia* dos poderes governamentais. Observa-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que o legislador constituinte inseriu na carta maior a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, manifestando enorme preocupação com a efetivação e eficácia das normas constitucionais, relegando ao Poder Judiciário essa missão.

A *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* tem por escopo qualquer omissão normativa, ainda que programática, tendo efeito declaratório, seguida da comunicação ao órgão inadimplente. O *mandado de injunção*, por sua vez, realiza um controle de forma incidental ou concreta, objetiva tutelar direitos subjetivos constitucionais não exequíveis e frustrados diante de inércia ilegítima dos Poderes de Estado, em razão de ausência de normatização reguladora.²³⁰²

Preceitua Coelho, reportando-se à Cappelletti, nesse sentido, que, se tivermos em mente que a defesa da constituição é, por consequência, a defesa dos valores supremos que ela proclama, é muito mais fácil aos *grupos minoritários* provocar a jurisdição constitucional por uma simples petição contra leis que os discriminem do que fazer abaixo-assinados ou gritar palavras de ordem nas ruas, pois, via de regra, estas não inibem atos atentatórios contra eles.²³⁰³ Também não há como negar, hoje, diante da Jurisdição democrática, como preceituado por Barroso, que todo juiz é um juiz constitucional.

Dessa forma, nesse ponto da dimensão político-jurídica da Jurisdição o controle exercido pelo Judiciário não está apenas no *judicial review*²³⁰⁴ - compartilhado com a dimensão política -, situado no controle de constitucionalidade

²³⁰² FONSECA, João Francosco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49-79.

²³⁰³ COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 43.

²³⁰⁴ “Ao mesmo tempo, além de direito aplicável, a Constituição tornou-se o parâmetro de validação do direito infraconstitucional (*paramount law*). Começou a funcionar numa ambiguidade indissociável: seria lei aplicável ao caso concreto, mas seria também parâmetro de validação para as demais leis aplicáveis ao caso concreto. A semântica constitucional modificou-se. Ao caráter de *fundamental law* da Constituição, agregou-se o elemento da supremacia formal: a Constituição foi concebida na qualidade de norma jurídica que determina a competência dos agentes públicos e dos poderes instituídos”. COTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review: o mito de Marbury**. p. 128.

de normas gerais editadas em regra pelo parlamento, ou na interpretação do direito a ser aplicado e criado como forma de manutenção do ordenamento jurídico, mas especialmente no controle de conformidade (legalidade, convencionalidade e constitucionalidade²³⁰⁵) dos atos estatais como um todo, tanto na função de governo – no tocante ao viés jurídico –, quanto no exercício burocrático do Estado, em sentido amplo, das decisões e atitudes tomadas pelos órgãos do Estado.

Por isso, nesse controle sobre os atos de Poder político relevante de Executivo e Legislativo com o objetivo de contornar a constitucionalidade, convencionalidade e legalidade em uma esfera de observação da separação dos poderes e respeito às liberdades públicas e os direitos fundamentais, também está inserido o **papel contramajoritário** exercido pelo Judiciário para a efetivação de direitos fundamentais não somente à maioria, mas também às **minorias**²³⁰⁶. De acordo com Barroso, a legitimidade democrática da Jurisdição constitucional tem por base dois fundamentos, consistentes na *proteção dos direitos fundamentais*, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária, e *proteção das regras do jogo democrático e dos meios de participação política* no Estado pela comunidade.²³⁰⁷

Esse papel normalmente é atribuído às cortes constitucionais, conferindo a elas o *status* de sentinelas contra o risco das maiorias, evitando que deturpem o *processo democrático* ou oprimam as *minorias* – transcendendo a ideia do governo da maioria, imprimindo a observância de outros valores fundamentais. Assim se

²³⁰⁵ Por exemplo, no controle dos “decretos-leis” editados pelo Poder Executivo, não apenas no tocante à constitucionalidade, mas também legalidade, procedimento de revisão judicial que não seria diferente em nenhuma das espécies de ato administrativo: “Já vimos que os tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais. Eles também o fazem quando são competentes para anular um decreto-lei usando como fundamento o fato de este se revelar contrário a uma lei, ou – como às vezes é o caso – parecer ‘desarrazoado’”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 389.

²³⁰⁶ “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. [...] Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado *difficuldade contramajoritária*”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 442 e 443.

²³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 471.

assegura a existência de uma *democracia substantiva* para além da *procedimental*, que inclui a liberdade, a igualdade e a justiça, fazendo emergir verdadeiramente um projeto de autogoverno, onde ninguém é deliberadamente deixado para trás e menos ainda os vencidos no processo político, formados pelos segmentos das minorias em geral, os quais não ficam desamparados.²³⁰⁸

“Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”, distanciando juízes e tribunais da função típica de *aplicação* do direito e aproximando eles de uma função caracterizadora de *criação* do direito. E “quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político”, contramajoritário e também juridicamente em favor das minorias.²³⁰⁹

8.1.2.3 Controle do ordenamento jurídico e interpretação final do direito

Para além dos dois tópicos acima tratados, paulatinamente a dimensão político-jurídica abordada no presente capítulo passa a ganhar uma feição mais jurídica nesse terceiro tópico, ingressando na esfera do controle do ordenamento jurídico e, como consequência disso, da própria interpretação final do direito.

O *judicial review* mencionado no tópico anterior também possui outro escopo, além daquele político de controlar a função normativa desenvolvida pelos poderes do Estado para evitar a usurpação de competências – Poder – e aviltamento das liberdades públicas de modo a se formar a tirania, eminentemente jurídico consistente na *finalidade* de ser o **Poder Judiciário o intérprete final do direito**, especialmente daquele positivado no ordenamento jurídico.²³¹⁰

²³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 472.

²³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 442.

²³¹⁰ "Em estreita ligação com o tema, Alonso García registra o crescente reconhecimento de que a interpretação da Constituição tomou-se o problema central do *judicial review* e que nas discussões sobre a sua legitimidade, as velhas controvérsias em tomo da origem desse poder extraordinário cederam lugar a debates novos, desta feita sobre o método - é jurídico ou político? - de que se utiliza a jurisdição constitucional para dar a última palavra sobre a Constituição, uma preocupação tanto mais legítima quanto sabemos que a escolha do método e o seu manejo, de resto guiados

Essa atividade na dimensão político-jurídica da Jurisdição também encontra eco na interpretação de preceitos legislativos abertos²³¹¹ e no controle de constitucionalidade²³¹², convencionalidade e legalidade dos atos normativos, não obstante “ao interpretar a Constituição, não está o Judiciário a fixar, ele próprio, os fins do Estado, mas sim a declarar fins de antemão fixados, pela Constituição”.²³¹³

Conforme destacado por Bobbio, quando se compreende o ordenamento jurídico como o direito, o conjunto de normas dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado, a política toca a Jurisdição sob **dois** aspectos: “enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política”. O **segundo** aspecto (abordado antes do primeiro para manter a lógica argumentativa) é justamente o que fundamenta o Estado constitucional – “de direito” –, entendido não restritivamente como Estado no qual o Poder político está subordinado ao direito, mas também como a própria destinação final de todo grupo político que se distingue de outro grupo social pela existência de um sistema normativo cuja sobrevivência desse grupo se opera por meio da coerção – faz parte, conforme exposto anteriormente, da dimensão política da Jurisdição.²³¹⁴

O **primeiro** aspecto, por sua vez, tangencia o direito positivo, tendo em

pela pré-compreensão dos juízes, acabam condicionando, senão mesmo determinando, o conteúdo das suas decisões”. COELHO, Inocência Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 43.

²³¹¹ “No en vano el objeto de tal control, más allá de sus específicos efectos sobre el sistema político, tiene como parámetro normativo la Constitución, la cual, más allá también de su trascendencia política, se significa normativamente por su temperamento abierto, principal y valorativo, lo que supone potenciales juicios substantivos en particular cuando, y a pesar de la aparente contradicción, se trata de preceptos constitucionales de muy exiguo contenido material y alta indeterminación (entre otros, Pedro de VEGA GARCÍA, 1979, pp. 95 y 109 a 115; Alejandro NIETO, 1983, pp. 374, 375, 393 a 395, 399, 400, y 407 a 414; y María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, 1990, pp. 63 a 66)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 121, em nota de rodapé.

²³¹² “Pero esta genérica función del Tribunal Constitucional en garantía de la suprema normatividad de la Constitución presenta una dimensión política que, aun siendo encauzada procesualmente, no resulta del todo anulada por el método jurisdiccional; y ello habiéndose adoptado con el fin de procurar un control jurídico-normativo sobre la constitucionalidad de la acción de los poderes públicos lo más efectivo posible (Hans KELSEN, 1995, pp. 39 a 42)”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 121.

²³¹³ TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo**. p. 53.

²³¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 232 e 236/7.

vista que é a autoridade que cria a lei²³¹⁵. Nessa perspectiva, o direito é um produto do Poder, e o nexó entre direito e política emerge diante do fato de que a existência de uma ordem jurídica depende da existência de um Poder político, cujo instrumento característico de aplicação é a força física.²³¹⁶ Esse primeiro aspecto está inserido na dimensão jurídica da Jurisdição.

Enquanto nas primeiras facetas da dimensão político-jurídica da Jurisdição o objetivo seria resguardar a democracia²³¹⁷, a constituição, o Estado constitucional e o equilíbrio entre os Poderes, essa terceira faceta – mais voltada à dimensão jurídica da Jurisdição – busca assegurar a *manutenção* e o *equilíbrio* do **ordenamento jurídico**²³¹⁸, que é editado, em regra, pelo parlamento democraticamente eleito – mas a ele não se resume diante do Poder normativo do Estado, mais amplo e disponível a outros órgãos públicos.

Garante a **integridade**²³¹⁹ da *constituição*²³²⁰ e do *direito positivo* como

²³¹⁵ “Por ‘legislação’ como função dificilmente compreenderemos outra coisa que não a criação de normas gerais. Um órgão é um órgão legislativo apenas na medida em que esteja autorizado a criar normas jurídicas gerais. Nunca ocorre na realidade política que todas as normas gerais da ordem jurídica nacional tenham de ser criadas exclusivamente por um órgão designado legislador. [...] O hábito de caracterizar apenas um órgão como órgão ‘legislativo’, de chamar normas criadas por ‘leis’ ou ‘estatutos’, é, porém, até certo ponto justificado se esse órgão possuir uma determinada prerrogativa na canção de normas gerais. É esse o caso quando todos os outros órgãos só podem decretar normas gerais com base em uma autorização emanada do chamado órgão legislativo. Então, o chamado órgão legislativo é a fonte de todas as normas gerais, em parte diretamente e em parte indiretamente, através dos órgãos aos quais delega competência legislativa”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 387.

²³¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. p. 232-237

²³¹⁷ “Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (*Herrschaft des Bürgers*), não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular (*Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie*). A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais, e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de povo – termo sujeito a entendimentos equivocados – a partir da ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo), e não ‘o povo’, converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 40.

²³¹⁸ “[...] tienen como finalidad primordial la unificación de la jurisprudencia. [...] no se trata de un recurso sólo en defensa de la legalidad, sino de todo el ordenamiento”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 44.

²³¹⁹ “[...] la condición del Juez como garante de la unidad del propio ordenamiento”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de**

decorrência do processo democrático da criação de normas gerais, seja na *interpretação*²³²¹ jurídica ou na *correção* da ação ilícita diante do desrespeito ao direito - inclusive no controle das decisões jurídicas efetivadas pelos tribunais superiores na análise de recursos jurisdicionais²³²² - assim como, por via reflexa, a própria soberania estatal.²³²³ Por meio das decisões jurídicas o Judiciário desenvolve uma **função nomotética**²³²⁴ ao impor a todos, no âmbito público ou privado, uma assentada interpretação acerca de determinado comando normativo²³²⁵.

Sob essa ótica, partindo-se da premissa de que a interpretação jurídica do direito no Estado contemporâneo necessariamente contempla uma análise constitucional²³²⁶, e não apenas legal, a **hermenêutica** pode ser observada tanto pela ótica da dimensão política quanto pela dimensão jurídica da Jurisdição – em alguns momentos, dependendo do ângulo em que são observadas, as duas dimensões se confundem; mas enquanto na primeira o objetivo seria a separação dos Poderes e preservação das liberdades públicas, nessa o objetivo maior seria manter a coerência do ordenamento jurídico pelo Judiciário na condição de intérprete final do direito.

derechos. p. 85.

²³²⁰ “[...] cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma y opera como ‘legislador negativo’, según la conocida expresión de Kelsen, la sentencia en que lo haga tiene el mismo valor, aunque de signo opuesto, de la ley que con ella se expulsa del ordenamiento”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial.** p. 48.

²³²¹ “O poder judicial também participa, através da interpretação do texto da lei e da integração de lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito positivado: as interpretações da lei e o aperfeiçoamento ‘aberto’ do direito podem, enquanto jurisprudência constante, consolidar-se ao ponto de alcançarem uma efectiva possibilidade de execução de uma interpretação legal ou de uma outra qualquer norma legal”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** p. 476.

²³²² “[...] el alto Tribunal como garante supremo de los derechos fundamentales y de las libertades ante su violación concreta por uno de los poderes públicos, y en particular por Jueces y Magistrados”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos.** p. 119.

²³²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** p. 213 e ss.

²³²⁴ Termo que em geral significa “conteúdo da lei”. Empregada aqui no sentido de criação de um sistema “legal” por meio da jurisprudência.

²³²⁵ “La ratio decidendi de la sentencia, la interpretación de que se trate, se equipara plenamente a la ley, porque éste es su objeto. A través de tales sentencias el Tribunal crea normas, desarrolla una función nomotética, por cuanto impone a todos los poderes públicos una determinada interpretación de la ley”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial.** p. 48.

²³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 298/9.

Por certo, a “Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito²³²⁷”; tanto a política, quanto “o mundo do Direito tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição e seus caminhos determinados pela lei²³²⁸”. Não se tem dúvida acerca da diferença entre direito e política, mas também não se pode negar que a linha divisória entre ambos nem sempre é perfeitamente delineada, nítida e fixa. Não obstante, do ponto de vista funcional, há praticamente consenso na doutrina contemporânea que a **interpretação final do direito** em caso de controvérsia²³²⁹ é desempenhado por **juízes e tribunais**. “Essa *supremacia judicial* quanto à determinação do que é o Direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as implicações para a legitimidade democrática”.²³³⁰

Essa hermenêutica constitucional²³³¹ surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Essa nova visão do direito incorpora um conjunto de categorias e conhecimentos, como a normatividade de princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica, em um ambiente onde há alteração do papel da norma, dos fatos e dos intérpretes. Os casos **fáceis**²³³², consistentes naqueles para os quais há uma solução jurídica pré-pronta

²³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 449.

²³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 452.

²³²⁹ “A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. [...] Mas a constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 455.

²³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 453-455.

²³³¹ “Ontem, Montesquieu escrevia sua obra-prima sobre o espírito das leis. Com ela o século XVIII fundamentava o princípio pós-revolucionário da legalidade, que depois Napoleão consolidou nos artigos de seu Código. Hoje, século XXI, abre-se o pórtico de uma nova era com o espírito das leis convertido em espírito das Constituições”. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 562.

²³³² “Refiriéndonos ahora a una dimensión normativa-positiva de la actuación jurisdiccional de Jueces y Magistrados, ya hemos comentado cómo ésta se ve en principio reducida a tenor de la legitimidad esencialmente funcional de los mismos y de su sujeción al imperio de la ley, si bien se ha de reconocer cierta capacidad integrativa del ordenamiento jurídico debido, especialmente, a su complejidad y a la proliferación de normas materialmente incompletas; [...], la creatividad jurídica que lo anterior comporta resulta además, y en última instancia, subordinada a las instituciones representativas - creatividad intersticial -, pues el Juez actúa ‘sobre la base de normas que tienen el

no ordenamento jurídico positivado, não são mais tão comuns quanto se propagava no Estado liberal que exigia de seus juízes meros silogismos para a consecução da atividade jurisdicional.²³³³

A normatização atual por vezes traz apenas início de solução jurídica inscrita em conceito indeterminado ou principiológico; os fatos são muito mais complexos e *inortodoxos* do que aqueles vislumbrados no passado, exigindo do intérprete que se encontra na contingência uma construção adequada para a tomada da solução jurídica, de forma que ele se torna coparticipante do processo de **criação**²³³⁴ do direito – ou da norma jurídica²³³⁵ – ao se deparar com casos **difíceis** – *hard cases* –, que podem ser categorizados em três grandes blocos destacados por situações geradoras, de acordo com os ensinamentos de Barroso.²³³⁶

consenso, más o menos explícito, de las instituciones que representan a la comunidad política”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos.** p. 130/1.

²³³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 298.

²³³⁴ “Na atualidade, é certo que o Poder Judiciário edita não apenas normas concretas, mas, também, normas gerais e abstratas, exercendo, pois, também atividade normativa. Essa afirmação é feita com base no Direito brasileiro, mas o fenômeno não se limita ao Brasil. A importância dessa constatação é reduzida nos países do Common Law, que sempre conviveram com as *judge made laws*, por força da eficácia vinculativa dos precedentes, ainda que se trate de fenômenos distintos. No Estado liberal, o Poder Judiciário tinha por função precípua a aplicação da lei ao caso concreto. Supunha-se lei anterior, norma geral e abstrata, editada pelo Parlamento: ocorrendo a hipótese nela prevista, a norma incidia automaticamente sobre o fato. Na sentença, o juiz declarava essa incidência ao aplicar a lei ao caso concreto. O neoconstitucionalismo, ao afirmar a proeminência da Constituição, enfraqueceu o princípio da legalidade com seus princípios e valores, alguns apenas implícitos, com o que o juiz passou mais claramente a exercer atividade criativa, mesmo nas ações individuais em que aplica o Direito (não apenas a Lei) ao caso concreto. Mas o foco, aqui, não está nesta atividade criadora de direito no caso concreto, nem mesmo quando, por força de repetição, adquire a força de norma geral (a jurisprudência como fonte do Direito). O que importa, aqui, são os casos em que o próprio Direito legislado autoriza o Judiciário a editar normas gerais e abstratas”. TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo.** p. 51.

²³³⁵ “Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto. Mas se o juiz, ao cumprir tais funções, fica muito longe das idéias de declaração da lei e de criação da norma individual, ele passou a ter o poder de criar o direito. O juiz está sujeito às normas constitucionais e, portanto, se pode conformar a lei e a legislação ou mesmo tutelar os direitos que colidem no caso concreto, isso evidentemente não quer dizer que possa criar o direito. Porém, quando se compreende norma como texto e norma jurídica como interpretação dela decorrente, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de criar a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais - ou mesmo, na hipótese específica de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre o outro”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional.** p. 96/7.

²³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 298.

A *primeira* delas é a *ambiguidade de linguagem*, quando o direito se vale de expressões polissêmicas – princípios ou conceitos jurídicos indeterminados – cujos sentidos só podem ser estabelecidos à luz dos elementos do caso concreto e exigem carga maior de subjetividade do intérprete, acarretando como consequência natural algum grau de variação e de incerteza, com implicações inevitáveis sobre a segurança jurídica. A *segunda* consiste nos *desacordos morais razoáveis*, observados na sociedade plural e complexa contemporânea diante da diversidade de opiniões sobre temas moralmente controvertidos como, por exemplo, a eutanásia; aqui também a visão de mundo do intérprete acaba, consciente ou inconscientemente, pesando como fator determinante para a escolha da decisão que parece ser mais adequada.²³³⁷

A *terceira*, por fim, quando ocorre a *colisão de normas* fundamentais ou constitucionais, tendo em vista que, em regra, a constituição é um documento dialético que contempla valores contrapostos que geram tensão entre si, quando não colidem frontalmente. Naturalmente, quando há nos polos da controvérsia normas constitucionais que guarnecem os dois lados, a simples subsunção do fato à normatização, por mais que haja incidência sobre a hipótese, é insuficiente para a tomada da decisão jurídica, que exige, nesse caso, uma solução argumentativa efetuada mediante ponderação, ou, em outras palavras, “a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende à vontade constitucional”.

Dessa forma, os *casos difíceis* seriam aqueles que não possuem uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento jurídico, exigindo do intérprete uma construção artesanal da decisão jurídica mediante uma argumentação mais elaborada capaz de justificar e legitimar o papel criativo desenvolvido pelo juiz nessas circunstâncias.²³³⁸

²³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 299.

²³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 299.

Há, dentro desse contexto, também a possibilidade de *criação*²³³⁹ de normas gerais no exercício da Jurisdição, por intermédio dos precedentes, revelados quando a corte de justiça atua como legislador formando direito substantivo anteriormente não existente. Quando o ordenamento jurídico assim permite, os tribunais são considerados órgãos legislativos²³⁴⁰ exatamente no mesmo sentido em que é chamado o Legislativo no sentido mais restrito do termo. Assim, “os tribunais são criadores de normas jurídicas gerais”.²³⁴¹

Nesta simbiose, conforme mencionado anteriormente quando abordado controle judicial sobre os atos de Poder político relevante, se o direito está sendo criado, ainda que em conformidade à norma fundamental, essa é uma atividade jurídica, mas de natureza política democrática, desempenhando o intérprete uma atuação criativa, diante da dotação de sentido para cláusulas abertas e realização de escolhas diante das existentes disponíveis, com consequências práticas para cada uma dessas decisões, com capacidade de alterar o equilíbrio entre os poderes e os deveres que lhe são impostos²³⁴² – decisão jurídica-política que somente pode ser tomada por meio dos órgãos de Poder do Estado. É nesta senda reside a dimensão político-jurídica em sua faceta destinada à função **nomotética** de **controle hermenêutico do ordenamento jurídico**.²³⁴³

²³³⁹ “O órgão aplicador de Direito ou criou, autorizado pela ordem jurídica, novo Direito substantivo, ou então, segundo asserção própria, aplicou Direito substantivo preexistente”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 224.

²³⁴⁰ “Através do desenvolvimento judicial do direito, a jurisdição intervém, além disso, também na área funcional do poder legislativo”. Zippeilius, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472.

²³⁴¹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 216.

²³⁴² Barroso, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 286.

²³⁴³ “Em suma, quando se afirma que o sentido dessas constituições, conquanto se deva presumir objetivo, em verdade é aquele fixado pelas cortes constitucionais, o que se está a dizer é que nesses sistemas jurídicos, porque os os tribunais constitucionais (i) trabalham com fórmulas lapidárias ou enunciados abertos e indeterminados, quais os que definem os direitos fundamentais nas constituições modernas; (ii) estão situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais; e (iii) desfrutam de singular autoridade, os seus juízes, como intérpretes finais da constituição acabam positivando ou constitucionalizando a própria concepção de justiça - rigorosamente a sua ideologia - que outra não é senão aquela da classe social, hegemônica, que eles integram e representam”. Coelho, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 41/2.

8.1.3 Dimensão social

Enquanto nos tópicos anteriores foram expostas notas caracterizadoras das dimensões política e jurídica da Jurisdição – ou da dimensão político-jurídica –, nesse tópico será abordada a dimensão social da Jurisdição.

Apesar da indeterminação do conceito de Jurisdição, ela é identificada frequentemente como uma função ou atividade existente em qualquer sociedade organizada consistente em dizer o direito em um caso concreto, isto é, em relação a pessoas, atos, bens ou situações determinadas. Tal função forma parte essencial de qualquer ordenamento jurídico, pertencente à mesma essência do direito e ocorre também onde não existe nenhum órgão ou procedimento pré-determinado para realizá-la expressamente.²³⁴⁴ Aliás, nesse sentido, de “dar a cada o que é seu”, a atividade jurisdicional é anterior até mesmo à lei, como se observava nas comunidades da antiguidade – vide primeira parte desta pesquisa.

Considerando que o direito consiste em um conjunto de regras que regula o uso da coação física permitida quando ocorrem determinadas circunstâncias²³⁴⁵, na maioria dos casos em que se infringe um dever, mesmo onde não existe mais do que simplesmente a autotutela, em um ordenamento jurídico que não conheça nem juízes nem juízos, também existe Jurisdição em um sentido amplo, inclusive perante pessoas indeterminadas e de modo geral para categorias abstratamente definidas. Em todas essas situações se “declara o direito”, seja para conceder um pedido sem resistência, seja para dirimir um conflito de interesses.²³⁴⁶

E é justamente esse o **cerne da dimensão social** da Jurisdição: a

²³⁴⁴ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 19.

²³⁴⁵ “O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O Direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada ‘proibida’; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, amplia a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. p. 30.

²³⁴⁶ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 19.

pacificação social como forma de **garantia de direitos** aos cidadãos e como **instrumento** para a **resolução de conflitos jurídicos** da comunidade²³⁴⁷, de maneira *residual* – mas não menos importante – ao que se observa nas dimensões política e jurídica, “organizando convenientemente a vida em sociedade²³⁴⁸”.

De acordo com Dinamarco – quando trata dos escopos do processo, no caso, o social –, a vida em sociedade naturalmente gera **insatisfações**, acarretando condutas contrárias aos interesses das pessoas e do próprio Estado. As *insatisfações* podem ser compreendidas como um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a *percepção* ou a ameaça de uma *carência*; são essas *carências* que justificam a atividade jurídica do Estado e é a *eliminação* delas que confere legitimidade à atuação jurisdicional. O Estado, legislando e exercendo a Jurisdição²³⁴⁹, define *condutas* favoráveis e desfavoráveis e acena com *recompensas* e *castigos* às pessoas, oferecendo, a partir de então, por meio da utilização de critérios, a promessa de pôr fim a essas *decepções* que poderiam se tornar permanentes e inafastáveis sem uma solução adequada. “Legislação e jurisdição englobam-se, assim, em uma unidade teleológica – ambas engajadas em uma tarefa só, de cunho social”.²³⁵⁰

Não se busca, com a *dimensão social* da Jurisdição, necessariamente o **consenso** com relação às decisões jurídicas, mas **sim** a **imunização** delas, por meio especialmente da **coisa julgada**²³⁵¹, contra o ataque dos contrariados, indispensável ao cumprimento da **função pacificadora**.²³⁵² “Eliminar conflitos

²³⁴⁷ : “[...] jurisdicción como resolución de conflictos intersubjetivos en garantía de los derechos de los ciudadanos por Jueces y Tribunales ordinarios independientes y sujetos al imperio de la ley”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 132.

²³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 188.

²³⁴⁹ “Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 188.

²³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 188/190.

²³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 197.

²³⁵² “De outra parte, como se sabe, todo sistema jurídico é duplamente finito, porque não regride sem parar, nem progride indefinidamente. Num extremo, a norma fundamental, no outro a coisa julgada, a fecharem o sistema por necessidade lógica e mesmo axiológica. Logicamente, porque não seria concebível a sua construção sem começo, nem fim; do ponto de vista axiológico, porque sem um mínimo de segurança e de previsibilidade quanto ao desfecho dos conflitos existenciais, seria de todo impossível a convivência humana.” COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da**

mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”, sem mencionar a própria segurança jurídica gerada a partir dos pronunciamentos jurisdicionais que é, por si só, outro grande fator de pacificação social, além do caráter pedagógico educacional que os pronunciamentos jurisdicionais provocam ao conscientizar os membros da sociedade sobre seus direitos e obrigações.²³⁵³

Estaríamos tratando aqui, em sentido amplo, do exercício da Jurisdição em geral, com notas caracterizadoras **comuns** com as demais dimensões política e jurídica. Mas ao mesmo tempo é possível perceber que a dimensão social **não** toca diretamente a *preservação da democracia*, a *participação do particular na formação da vontade política do Estado*, o *equilíbrio entre os poderes*, a manifestação da *soberania*, a *criação do direito* ou a *manutenção do ordenamento jurídico*, incluindo nele a constituição. A dimensão social cuida, se assim é possível registrar sem desqualificar a função jurisdicional como necessidade primária²³⁵⁴ de um Estado constitucional, além de questões essenciais como alguns direitos fundamentais e indisponíveis, também de temas de não tão elevada magnitude como os anteriormente destacados – as dimensões seriam diferenciadas justamente por seus respectivos intentos e, por consequência, também por suas competências jurídicas²³⁵⁵.

Acompanhando os ensinamentos de Pasold sobre o Estado contemporâneo, o **escopo** da *dimensão social* da Jurisdição tangenciaria, dessa

jurisdição constitucional. p. 39.

²³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** p. 189/190.

²³⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** p. 245.

²³⁵⁵ “Resta evidente, pois, o compromisso do Estado brasileiro com a função social. De igual sorte, o artigo 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além da soberania. Ademais, a Constituição assinala como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, em seu artigo 3º, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. É a primeira vez que uma Constituição aponta, especificamente, objetivos do Estado brasileiro. Não todos, mas os fundamentais e dentre eles alguns que valem como base de prestações positivas tendentes a concretizar a democracia econômica, social e cultural, visando a efetivar, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana”. ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia.** O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 136-139.

forma, a **busca da pacificação social por meio do direito**²³⁵⁶, em um sentido amplo, para o *encaminhamento e solucionamento dos problemas jurídicos* existentes na comunidade, pautando a Jurisdição como um **instrumento**²³⁵⁷ de concretização do **bem comum**²³⁵⁸, utilizado para manter a sociedade em harmonia, preservando diretamente, dessa forma, a **ordem social**, finalidade precípua do Estado, e não somente o ordenamento jurídico.²³⁵⁹

Não obstante Dinamarco aduzir que *justiça e bem comum* são categorias por vezes empregadas com significados bastante vagos, cada Estado e sociedade, acompanhando circunstâncias históricas, desenvolverá sua própria visão do bem comum e do valor justiça.²³⁶⁰ Por isso, como “escopo-síntese da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a **justiça**, que é afinal expressão do próprio **bem comum**²³⁶¹”.

²³⁵⁶ “A participação maior do Estado na vida da Sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a de exigência da participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais. Em minha opinião, no século XXI que se inicia, a necessária relação entre Estado e Sociedade é, sem dúvida, a de um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 23.

²³⁵⁷ “Tal fato, contudo, não invalida a postulação de que, diante da complexidade crescente da vida contemporânea, este instrumento, disponível e estruturado (o Estado), possa e deva ser útil à realização do Bem Comum ou ao Interesse Coletivo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 25.

²³⁵⁸ “No que concerne aos objetivos do Bem Comum, resumíveis na expressão ‘bem estar coletivo’, faz-se necessário levar em consideração aspectos filosóficos, ideológicos, políticos e jurídicos. As formas de compreender o ser humano e a vida, os valores, as crenças, as informações, as relações de Poder, a formalização dos aspectos básicos das relações humanas através de normas jurídicas, são componentes de uma dinâmica que constrói o Patrimônio Social de um grupo humano considerado e que, nesta condição, pode determinar e responder aos propósitos desse grupo. Este esquema condicionante e conseqüente é o delineador da noção de “Bem-estar coletivo”, cerne da noção conceitual e da efetivação real do Bem comum”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 29.

²³⁵⁹ “Merece referência, aqui, a postulação de MARITAIN quando propõe que, as mais altas funções do Estado sejam as de garantir a lei e as de facilitar o desenvolvimento livre do corpo político. Contudo, a situação do mundo, leva-o a caracterizar como ‘dever mais urgente’ das Democracias, o de desenvolver a Justiça Social, porque a ‘verdadeira dignidade’ do Estado provém do exercício da Justiça. Para esse Autor, o fim último do Estado é o Bem Comum da Sociedade política, sendo precedido pela manutenção da ordem pública que é o fim imediato do Estado. Este, ‘é unicamente à parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do Bem Comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos’. Nesta concepção, ele é “uma parte que especializa no interesse do todo ...”, ‘em suma, um instrumento ao serviço do Homem”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 23.

²³⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 184/5.

²³⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 186. Sem negrito no

Assim, a atuação da Jurisdição em sua dimensão social não seria voltada essencialmente ao seu campo interno de Poder político do Estado, de controle da atividade estatal, mas sim externo, tendo como verdadeiro destinatário o todo social, ou seja, a **sociedade**²³⁶², organizada, em seu conjunto, de maneira “disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que **cada pessoa receba o que lhe é devido** pela sua condição humana”²³⁶³, cuidando, assim, da enorme gama de processos submetidos à apreciação jurisdicional do Estado, “cuja tarefa importante é a manutenção da paz social²³⁶⁴ e garantia da segurança jurídica²³⁶⁵”.

Se formos analisar a Jurisdição em sua dimensão social sob o viés *histórico*, ela estaria moldada ao conteúdo desenvolvido no *primeiro capítulo* da presente pesquisa, ou seja, em uma atividade de **resolução de conflitos sociais** sedimentada muito antes do surgimento do Estado moderno e das dimensões do direito como as conhecemos atualmente.

E são essas as três dimensões da Jurisdição, tratadas de modo perfunctório, mas suficientemente compreensível para auxiliar no desenvolvimento da Jurisdição Plural por meio da identificação do **núcleo** material da função jurisdicional e estabelecimento das **competências jurídicas** entre os órgãos da Jurisdição, ou seja, entre o **Poder Judiciário** e os **Órgãos Orbitais**.

8.2 RESERVA DE JURISDIÇÃO VS. RESERVA DO JUDICIÁRIO

Em linhas gerais, conforme delineado anteriormente na oportunidade em

original.

²³⁶² “O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas obrigações. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 182. Sem negrito no original.

²³⁶³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 55.

²³⁶⁴ Sobre a relatividade social e política, aduz Dinamarco que “não foi casual o surgimento da ideia de um escopo metajurídico da jurisdição, localizado na paz social”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 184.

²³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 183.

que se abordou a leitura contemporânea sobre a teoria da separação de poderes políticos do Estado, construiu-se uma linha argumentativa apontando a possibilidade de ampliação dos órgãos jurisdicionais do Estado para além do Poder Judiciário.

Estabeleceram-se premissas especialmente sob a ótica da separação dos poderes *ad intra* do Estado, considerando não somente o **Poder político** relevante mas também o **Poder burocrático**, para a consecução da ampliação dos órgãos públicos jurisdicionais, denominados **Órgãos Orbitais** da **Jurisdição Plural**; outras condições também precisariam ser observadas para que eles pudessem existir, como igualmente destacado naquela oportunidade, dentre elas tentar identificar qual seria o **núcleo** da função jurisdicional de exercício irreduzível do Poder Judiciário e qual o **limite da competência jurídica** a ser compartilhada entre os Órgãos Orbitais e o Poder Judiciário.

No âmbito *ad intra* do Estado, atualmente quando há decisão jurídica estatal normalmente ela é classificada em *jurisdicional* ou *administrativa*. Em linhas gerais, especialmente no modelo de Jurisdição una, jurisdicional seria o pronunciamento jurídico derivado do Poder Judiciário, enquanto a administrativa seria o pronunciamento jurídico, tomado em determinadas hipóteses, pelos órgãos da administração pública situados, em regra, dentro do “Poder Executivo” – em uma *visão piramidal-escalonada* sobre a estrutura do Estado.

A presente abordagem situada na segunda parte do presente capítulo (8.2) busca responder a um dos questionamentos elaborados ao final do capítulo anterior (7), consistente “**no que julgar?**”. A narrativa será desenvolvida a partir da observação dos **escopos** das **dimensões** da Jurisdição, tentando identificar, comparando os respectivos conteúdos, o **núcleo** da função jurisdicional do Estado, separando aquilo que seria atividade **exclusiva** do **Poder Judiciário**, daquilo que estaria **fora do núcleo** da função e que poderia, por isso, ser exercido **burocraticamente** pelos **Órgãos Orbitais** (Poder político vs. Poder burocrático), ou seja, constituindo, com base no **núcleo** da função jurisdicional, uma “**reserva de Jurisdição do Judiciário**” e, por consequência, também uma “**reserva de Jurisdição do Orbital**”, ambas dentro da “**reserva de Jurisdição**” do Estado.

8.2.1 Reserva de Jurisdição: origem e definição

Conforme delineado na primeira grande parte da presente pesquisa, a ideia de **Jurisdição** – ou resolução de conflitos *sócio-jurídicos* – remonta aos primórdios da civilização, muito antes do surgimento do Estado moderno e da própria legislação; existe, portanto, desde que o homem vive em comunidade, observada já na era pré-histórica; em sua conceituação tradicional, foi abordada de modo mais específico no capítulo 6, sendo despicienda a reiteração da narrativa lá exposta. Mas no contexto tratado aqui no capítulo 8, é importante frisar que **Jurisdição e reserva de Jurisdição**, no entanto, **não** se confundem.

A origem da **reserva de Jurisdição** coincide com o surgimento do **Estado** moderno liberal no **século XVIII**, onde a Jurisdição, naquele período pós-absolutista, poderia ser considerada não mais como *longa manus* do rei, mas sim como ***longa manus do parlamento***, em estrita **observância** e como **decorrência** lógica da **reserva legal** (reserva de *lei*), notadamente no combate ao absolutismo monárquico e prevalência da democracia ao fazer valer na aplicação do **direito** aos casos concretos as *normas gerais* emanadas pelo Poder **Legislativo**, e não as *ordens* do **Executivo**.²³⁶⁶

Considerando naquela época a atividade jurisdicional como a mera **subsunção** entre **fato e lei**, e o juiz a boca que pronunciava a lei, a reserva de Jurisdição seria, em todo o período que antecedeu a pós-modernidade, por consequência, uma **garantia** da própria **reserva legal**, em resguardo ao *parlamento*, possuindo característica eminentemente **instrumental**²³⁶⁷.

No entanto, **hoje**, a reserva de Jurisdição não pode ser observada sob a

²³⁶⁶ MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. p. 22. Em complemento: "E, se não é possível haurir da história um marco preciso para a Reserva de Jurisdição, tal como concebida na atualidade, pode-se dizer ao menos que guarda o instituto estreita relação com a teoria da Separação de Poderes, caminhando ao lado do movimento constitucionalista que eclode a partir das resoluções americana e francesa, fazendo parte da percepção sobre a necessidade de se estabelecer uma Carta de Direitos Fundamentais nas constituições dos Estados".

²³⁶⁷ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 21.

mesma ótica do século XVIII, especialmente diante da evolução da função jurisdicional e da consagração do Poder Judiciário como órgão de *Poder político* relevante do Estado constitucional democrático. Nas palavras de Rangel, o “espaço material da reserva de jurisdição **já não coincide com o da reserva de Lei** e, portanto, a reserva de jurisdição não é mais um simples instrumento ou garantia da reserva de lei”²³⁶⁸. A reserva de Jurisdição, assim, subsiste por si só.

Apesar da relevância da reserva de Jurisdição²³⁶⁹, é nota caracterizadora dos ordenamentos jurídicos **não** definir o que é Jurisdição e nem no que consiste a função jurisdicional – Jurisdição enquanto **função** estatal – inexistindo, diante disso, por consequência, uma delimitação pormenorizada das **competências** jurídicas direcionadas de modo exclusivo ao Poder Judiciário, dificultando, portanto, o delineamento exato e exaustivo do conteúdo da **reserva de Jurisdição** (em regra a Jurisdição é definida a partir de um critério de exclusão: o que não for executivo ou legislativo, é jurisdicional). A Constituição *brasileira*²³⁷⁰, por exemplo, fala em “processar e julgar”²³⁷¹, enquanto a *espanhola* em “julgar e fazer executar seus julgados”²³⁷²; a de *Portugal* é um pouco mais detalhista²³⁷³. O conceito operacional

²³⁶⁸ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 21. Sem negrito no original.

²³⁶⁹ Algumas notas sobre a reserva de Jurisdição dispostas nesse capítulo tem origem em: PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. [Dissertação de mestrado] São Paulo: 2009. p. 224-264.

²³⁷⁰ “Saliente-se, primeiramente, que a Constituição Federal de 1988 não alberga em seu texto a locução ‘Reserva de Jurisdição’ como aqui vem sendo explorada, mas o seu sentido pode ser haurido das regras de relativização de Direitos Fundamentais derivada de ordem judicial. Em todas as hipóteses, e não são muitas, em que se permite a excepcional restrição às Liberdades Públicas, o legislador constituinte conferiu à autoridade judicial essa missão”. MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. p. 39.

²³⁷¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente”, redação que se repete.

²³⁷² “Art. 117. 3. O exercício do poder jurisdicional em o todo tipo de processos, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde exclusivamente aos Juízos e Tribunais determinados pelas leis, segundo as normas de competência e processo que as mesmas estabeleçam”. ESPANHA. **Constituição Espanhola**.

²³⁷³ “Por outro lado, o n.º 2 do artigo 202.º identifica o conteúdo da função jurisdicional por referência a três diferentes áreas de intervenção: defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; repressão de violação da legalidade; dirimição de conflitos de interesses públicos e privados [...]. Como se salientou por exemplo no Acórdão n.º 230/2013, «o entendimento comum é o de que a Constituição pretendeu, deste modo, instituir uma reserva de jurisdição, entendida como uma reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais. Nesse sentido, poderá apenas discutir-se o âmbito de delimitação dessa reserva, quer por efeito das dificuldades que possa suscitar, em cada caso concreto, a distinção entre função administrativa e função jurisdicional, quer por via da maior ou menor latitude que se possa atribuir

doutrinário e jurisprudencial da categoria Jurisdição também é imperfeito e inacabado, muitas vezes de cunho eminentemente processualista, variando imensamente no tempo e no espaço, acompanhando influências históricas e valores políticos e sociais – conforme anteriormente abordado no capítulo 6.

Em alguns poucos casos, determinadas constituições se limitam a indicar **organicamente** a composição dos órgãos judiciários – Jurisdição enquanto **organização** estatal –, ou dos tribunais *administrativos* que exercem determinada função jurisdicional, por intermédio de uma distribuição de competências, mas em poucas oportunidades avançam para além dessa generalização. Em outras ocasiões, destacam uma assentada reserva Jurisdicional, notadamente para limitar²³⁷⁴ o exercício de algum **direito fundamental**, como se observa no artigo 5º da Constituição brasileira com relação à liberdade individual, privacidade e comunicação, que não podem ser restringidos senão pelo Poder Judiciário²³⁷⁵ – ao menos na Jurisdição *una*, que servirá como referência na presente abordagem; na Jurisdição *dual*, outros órgãos *administrativos* também podem estar legitimados.²³⁷⁶

Dessa forma, a *reserva de Jurisdição*, em **sentido amplo**, pode ser traduzida no exercício da função jurisdicional do Estado, em contraposição ao exercício das funções executivas e legislativas, por órgãos devidamente indicados pela constituição. Mas a reserva de Jurisdição também pode ser observada em **sentido estrito**, por intermédio do trabalho desenvolvido pela jurisprudência e pela doutrina na tentativa de preencher essa tradicional “*lacuna*” existente nos mais diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

ao conceito”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

²³⁷⁴ “A reserva de Jurisdição, concebida para relativizar direitos, como a liberdade, a inviolabilidade de domicílio, o segredo das comunicações em geral, por se dar pela via única da atividade judicante, constitui irrefragável garantia contra o abuso”. MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. p. 27.

²³⁷⁵ “De efeito, as restrições a Direitos Fundamentais podem ocorrer por variados motivos, que vão desde expressa determinação do texto constitucional até a colisão entre direitos e valores, passando pela reserva de lei restritiva, mas certamente o campo de atuação próprio para a compreensão de direitos estará afeto, em maior ou menor grau, à atuação excepcional do Poder Judiciário”. MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. p. 27.

²³⁷⁶ Por exemplo: detenção e privação de liberdade, autorização para ingresso em domicílio e intervenções nas comunicações, privadas e públicas, estas últimas tangenciando os meios de comunicação e a liberdade de imprensa; suspensão e dissolução de associações civis; amparo ordinário dos direitos fundamentais; controle de legalidade da atuação administrativa. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 102.

O **Supremo Tribunal Federal** brasileiro, por exemplo, tem se manifestado sobre o tema da reserva de Jurisdição especialmente quando cuida das atribuições das comissões parlamentares de inquérito²³⁷⁷, procedimento formal que tramita dentro do Poder Legislativo, destacando que, não obstante elas possuam poderes próprios de “investigação” das “autoridades judiciais”, esses poderes não são irrestritos, pois algumas atividades devem permanecer sob o controle do Poder Judiciário, diante da competência privativa de matéria incluída na chamada “reserva jurisdicional, onde o Judiciário tem, não apenas a primeira, mas também a última palavra. É coisa intuitiva”.²³⁷⁸

É possível verificar em seus julgados que a Corte suprema nacional se reporta à reserva de Jurisdição muitas vezes mencionando que ela incide sobre determinadas **matérias jurídicas**, como as destacadas no artigo 5º da Constituição, que importaria em as submeter à esfera única de decisão dos **juízes**, excluindo-se, dessa forma, por força da autoridade da própria Constituição, quaisquer outros órgãos públicos do Estado, assistindo ao “Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a **primeira palavra**”.²³⁷⁹

²³⁷⁷ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

²³⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo em medida cautelar em mandado de segurança 27.483-2-DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553771>. Acesso em: 4 jun. 2020.

²³⁷⁹ "POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a

Esta espécie de reserva de Jurisdição **explicitada** no corpo constitucional, assim como a competência específica das cortes constitucionais, é facilmente identificável, especialmente quando a função está intimamente imbricada com a origem da teoria da *separação de poderes*, que é a separação orgânica e a divisão das funções de modo a resguardar as *liberdades públicas*, desconcentrando o Poder do Estado.

Mas a identificação da **reserva de Jurisdição** de maneira **explícita**, indicando o Judiciário como órgão competente para dar a **primeira** palavra jurídica, impedindo pronunciamentos anteriores por outros órgãos públicos, é **exceção**. O próprio mencionado artigo 5º da Constituição brasileira prevê o *princípio da inafastabilidade da Jurisdição*, registrando que a lei não poderá excluir do Poder Judiciário a apreciação de *lesão* ou *ameaça* a direito, e, diante da amplitude do conceito operacional da categoria direito, **nenhuma** decisão jurídica emanada por outro órgão público poderia, em tese, ser considerada jurisdicional, tendo em vista que, de qualquer forma, ao Poder Judiciário seria dada a prerrogativa da *última palavra*, de modo a ser o único legitimado a imunizar definitivamente o questionamento jurídico.

A tarefa de identificar a reserva de Jurisdição dentro da função jurisdicional, de maneira generalizada, talvez possa ser um exercício “*intuitivo*”, como destacou a Corte suprema brasileira, notadamente quando se considera que a função jurisdicional, em *oposição* às funções executiva e legislativa, enquanto prerrogativa de dar a última palavra em todo e qualquer conflito jurídico, pertence ao Poder Judiciário.

Assim, ter a **prerrogativa de dizer a primeira** ou a **última palavra** é a fonte primeira para a classificação da **reserva de Jurisdição** e, por consequência, do **conteúdo essencial** da **função jurisdicional**. Os temas essencialmente

possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 23452/RJ**. Sem negrito no original.

protegidos pela constituição de um Estado normalmente estão inseridos de maneira expressa dentro das competências do Poder Judiciário, cabendo a este dizer, portanto, a **primeira** – e **única** – **palavra**, com **exclusão** de qualquer outro órgão estatal. Em contrapartida, ao ter o poder de dar a **última**²³⁸⁰ palavra sobre determinadas questões jurídicas, o ordenamento abre a possibilidade de **outros órgãos** públicos enfrentarem também a questão, mas se houver inconformismo com o julgamento, será o Judiciário quem determinará os efeitos definitivos e vinculantes da decisão.

A capacidade de dizer a **primeira** ou a **última** palavra, conforme delineado na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, encontra origem no direito lusitano, e consiste, de acordo com os ensinamentos de **Canotilho**²³⁸¹, na verificação do “*critério das duas palavras*”.

Nesse contexto, ensina Canotilho que a reserva de Jurisdição encontra seu substrato na ordem constitucional como corolário da **separação dos poderes** e decorrência do próprio **Estado constitucional** democrático, pressupondo que o **monopólio estatal** para o exercício da Jurisdição exige a disponibilidade de **órgãos** públicos devidamente **qualificados** e dotados de **imparcialidade**. A partir desses pressupostos, Canotilho aduz que a identificação da exclusividade jurisdicional estatal está centrada na utilização do denominado “**critério das duas palavras**”, consubstanciado no monopólio da **última** ou da **primeira** palavra.²³⁸²

Expressa **Canotilho** que o monopólio da **última** palavra consiste no **monopólio dos tribunais**²³⁸³, significando, em linhas gerais, o direito individual a

²³⁸⁰ “A Reserva de Jurisdição, em linhas gerais, não afasta as instâncias não jurisdicionais, ficando adstrito às instâncias judiciárias, porém, o pronunciamento final e definitivo da questão”. MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. p. 43.

²³⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 664-668.

²³⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 668.

²³⁸³ “Fora dos casos individualizados na Constituição em que há lugar a uma reserva absoluta de jurisdição, o que sucederá não apenas em matéria penal mas sempre que estejam em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efetiva proteção jurídica, poderá admitir-se que o direito de acesso aos tribunais seja assegurado apenas em via de recurso, permitindo-se que num momento inicial o litígio possa ser resolvido por intervenção de outros poderes, caso em que se poderá falar numa reserva relativa

uma garantia de justiça por meio da Jurisdição, assegurada diante de um processo justo para a defesa de suas respectivas posições jurídico-subjetivas. Essa garantia de justiça emergiria tanto nos casos de lesão ou de violação de direitos e interesses tanto em decorrência de decisões de *outros órgãos públicos*, quanto em virtude de *litígios entre particulares*, pois ambas decisões seriam carecedoras de imparcialidade ou de vinculação jurídica com caráter de imutabilidade. No primeiro caso, emergiria o monopólio da última palavra contra atos do *Estado*, na segunda o monopólio da última palavra em *litígios jurídicos privados*.²³⁸⁴

Em outro turno, explica Canotilho que o monopólio da **primeira** palavra consiste na competência do **juiz** para dizer não apenas a última palavra, mas sim a primeira, com **vedação de qualquer outro pronunciamento anterior**, com relação a certas e determinadas situações jurídicas, verificadas naquelas ocasiões em que há cláusula expressa, mas também quando não houver qualquer razão ou fundamento para a não adoção de um procedimento judicial para a tomada da decisão jurídica, ou seja, mesmo quando constatado implicitamente, não se esgotando na previsão legal.²³⁸⁵

Assim, em suma, Canotilho indica que a o monopólio da **última** palavra estaria relacionado aos "**tribunais**", enquanto o monopólio da **primeira** palavra aos "**juizes**" - **reserva de tribunal**, na primeira, e **reserva de juiz**, na segunda²³⁸⁶. A reserva de "**tribunal**", ou da "**via judiciária**", *consentiria* a análise da situação jurídica *previamente* por **outros órgãos**, incluindo aqueles administrativos, desde que se resguardasse a possibilidade de *acesso posterior aos tribunais*. A **reserva de**

de jurisdição ou reserva de tribunal". PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n. 510/2016**.

²³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 664/5 e 668.

²³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 665 e 669.

²³⁸⁶ "Observo que os atos de investigação mais preocupantes do ponto de vista de seus efeitos em relação aos direitos do investigado são, no nosso sistema legal, usualmente submetidos à reserva de juiz, no sentido de que a sua prática demanda prévia autorização judicial. É o caso, por exemplo, da busca e apreensão (salvo exceções restritas), da interceptação telefônica e da escuta ambiental (art. 5º, XI, da Constituição Federal; art. 1º da Lei nº 9.296/1996; e art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/1995)". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 593.727-MG**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 5 jun. 2020.

“juiz” não permitiria, de nenhuma forma, a análise jurídica por outros órgãos estatais, em uma **reserva total de Jurisdição** aos “juízes”, inadmitindo-se o pronunciamento jurídico de outra autoridade que não a judiciária.

Igualmente do direito português, **Rangel**²³⁸⁷ trata da **reserva de Jurisdição** sob dois aspectos: o *primeiro*, **dogmático**, exposto no capítulo anterior quando abordada a temática da separação de poderes - reserva de jurisdição é “corolário material do princípio da divisão de poderes”²³⁸⁸. Sob esse prisma, Rangel afirma que a **reserva material**, consistente no **núcleo** de cada uma das três funções estatais, corresponde ao **novo nome da separação de poderes**. A reserva material de cada função religaria a *separação orgânica* à respectiva *função política*, em um novo delineamento simultaneamente material, organizacional e político das funções do Estado, onde a Jurisdição encontraria especial relevo e somente poderia ser exercida por órgãos especialmente qualificados.²³⁸⁹

O *segundo* aspecto destacado por Rangel é o **jurisprudencial**²³⁹⁰, analisando os pronunciamentos da **Corte constitucional portuguesa**, instância que, conforme destacou, construiu e aperfeiçoou o instituto. Rangel afirma que a referida Corte alicerça a reserva de Jurisdição em **duas** linhas de força, a *primeira* consistente no **conceito sobre Jurisdição**²³⁹¹, extraído da doutrina, que seria, em suma, a *resolução de conflito de interesse*, por meio de uma *solução jurídica*, aplicando critérios normativos a um *caso concreto*; e a *segunda* é que esse *pronunciamento* seja derivado de um **tribunal jurisdicional materialmente competente**, dotado de características especiais, como a independência.²³⁹²

²³⁸⁷ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 58.

²³⁸⁸ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 30.

²³⁸⁹ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 60.

²³⁹⁰ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 59-60.

²³⁹¹ “O conceito constitucional de função jurisdicional pressupõe, portanto, a atribuição da função jurisdicional a determinadas entidades (magistrados) que atuam estritamente vinculados a certos princípios (independência, legalidade, imparcialidade”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

²³⁹² “A função jurisdicional consubstancia-se, assim, numa ‘composição de conflitos de interesses’, levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por

Diante dessas duas linhas de força adotadas, Rangel afirma que a Corte constitucional portuguesa analisa a *reserva de Jurisdição sob uma ótica pluridimensional e ampla*, não distinguindo muitas vezes a reserva de Jurisdição em sua perspectiva restrita daquela decorrente do acesso aos tribunais (ou acesso aos direitos, em sentido amplo), pautando a jurisprudência sob a ótica do direito individual de cidadania, e não sob o primado da separação dos poderes. Por isso, aos dois fundamentos alicerçados pela Corte, Rangel acrescenta um *terceiro*, **graduando** a reserva de Jurisdição, partindo do seu viés **absoluto**.

Assim, acompanhando a jurisprudência, seria observada a **reserva total**, ou quase total, de Jurisdição, significando que sempre em que houver um conflito de interesses ou pretensões jurídicas, como ocorre, por exemplo, no interesse político governamental existente nas decisões dos órgãos administrativos, aos conflitantes é dado o **direito** do *conflito ser resolvido definitivamente* por um **tribunal**, e ao tribunal é atribuída uma **competência** indisputável para resolver o conflito. A partir dessas premissas, Rangel classifica a **reserva de Jurisdição** em “**reserva absoluta**”, subdimensionando-a em “*especificada*” ou “*não especificada*”, e “**reserva relativa**”, que pode ser “*integral*” ou “*parcial*”.²³⁹³

A **reserva absoluta** de Jurisdição seria dimensionada a partir do **critério das duas palavras** apresentado por Canotilho, considerando nela as matérias em que o tribunal teria a **primeira** palavra, de modo a impedir qualquer outro pronunciamento jurídico anterior de outros órgãos públicos, de acordo com o **monopólio de “juiz”** – *reserva absoluta como sinônimo da primeira palavra*. A *reserva absoluta especificada* tangenciaria aquelas situações e competências

ela definidos, tendo como fim específico a realização do direito e da justiça (cf. o Acórdão deste Tribunal n.º 182/90 [...]). Aquela função estadual diz respeito a matérias em relação às quais os tribunais têm de ter não apenas a última palavra, mas logo a primeira palavra (cf. Acórdãos deste Tribunal n.os 98/88 e 211/90 [...]). A função administrativa é, ao invés, uma atividade que, partindo de uma situação de facto traduzida numa “questão de direito”, visa a prossecução do interesse público que a lei põe a cargo da administração e não a paz jurídica que decorre da resolução dessa questão. Daí que, na atividade administrativa, a primeira palavra deva caber à administração, cabendo aos tribunais a última e definitiva palavra, de acordo com a garantia constitucional do recurso contencioso, condensada no artigo 268.º, n.º 4, da Lei Fundamental”. PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

²³⁹³ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 60.

especialmente **previstas** nos textos normativos, constitucionais ou infraconstitucionais. As *reservas absolutas não especificadas*, em seu turno, seriam aquelas **não positivadas** reconhecidas pela **jurisprudência** – em um critério material, menos estável do que o primeiro.²³⁹⁴

A **reserva relativa**, por sua vez, também observaria o **critério das duas palavras**, e estaria planificada dentro da **reserva de “tribunal”**, ou **via judicial**, quando o juiz daria a **última** palavra, admitindo-se a existência de manifestação anterior de outros órgãos não jurisdicionais, desprovida de imunização definitiva – *reserva relativa como sinônimo da última palavra*. Na reserva relativa, Rangel identifica um **especial interesse público externo ao conflito** quando é pronunciada a primeira palavra, como o interesse político do governo, exigindo, por isso, um pronunciamento posterior sobre o mesmo tema a título de última palavra advindo de outra autoridade *judiciária* dotada de especiais características.

Na *reserva relativa integral* a *revisão* jurisdicional posterior do órgão de soberania seria *plena* – Poder Judiciário, na Jurisdição una –, enquanto na *reserva relativa parcial* seria restrita, por exemplo, limitada ao *controle de legalidade ou anulação* posterior pelo Poder Judiciário. Não obstante, com relação a este último critério de reserva relativa, Rangel aduz que ele não se trata de simples direito de acesso à via judiciária senão também em uma verdadeira **reserva de Jurisdição**, pois a atividade materialmente jurisdicional só pode ser exercida por um **tribunal**, ainda que por meio de uma *última* palavra – prevalecendo, portanto, o viés orgânico sobre o funcional: seria jurisdicional o pronunciamento jurídico advindo de um órgão público legitimado pela constituição e considerado por ela como um “juiz” ou “tribunal”.²³⁹⁵

Dessa forma, a **reserva de Jurisdição**, que já não coincide com a *reserva de lei*, é, em regra, algo não definido nos ordenamentos jurídicos contemporâneos (dificilmente as competências são explícitas/expressas). A reserva

²³⁹⁴ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 60.

²³⁹⁵ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 64.

de Jurisdição normalmente se relaciona com a *separação de poderes*, em um viés **orgânico**, e aos *direitos fundamentais*, em um panorama **funcional**. Poderia ser traduzida, dessa forma, em linhas gerais, de modo simplista, na prerrogativa do Poder Judiciário para dirimir conflitos jurídicos – Jurisdição una. Mas pouco se extrai dos ordenamentos jurídicos para além disso.

Em razão dessa abstração, o **critério das duas palavras** tem sido observado, especialmente na jurisprudência dos Estados constitucionais ocidentais, para definir quais competências jurídicas são ou não de **exclusividade** do Poder Judiciário. Ter a prerrogativa de dizer a primeira ou a última palavra jurídica, consistente, conforme Canotilho, na reserva de juiz ou de tribunal, ou, nos ensinamentos de Rangel, na reserva absoluta e reserva relativa, é a fonte primeira para a *classificação da reserva de Jurisdição* e, por consequência, chave para a definição do **núcleo essencial da função jurisdicional**, juntamente com a confrontação dessa prerrogativa, seja ela da última ou da primeira palavra, com o conteúdo das **dimensões da Jurisdição** (8.1), de maneira a estabelecer, dentro das competências jurídicas, qual seria a de atuação exclusiva do Poder Judiciário (reserva do Judiciário), e qual seria a dos Órgãos Orbitais (reserva do Orbital).

8.2.2 Reserva do Judiciário: aproximação do núcleo material jurisdicional

O objetivo do presente tópico é estabelecer o **conteúdo jurídico** existente no **núcleo da função jurisdicional**, o que será feito por **aproximação**, tendo em vista a dificuldade de sedimentar as **competências** jurídicas de atuação exclusivas do Poder Judiciário diante das inúmeras variantes existentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos e nas mais diversificadas culturas presentes nas complexas sociedades contemporâneas.

Nesse campo, conforme demonstrado anteriormente, diante de uma breve análise *normativa, jurisprudencial e doutrinária*, foi possível extrair elementos suficientemente balizadores para apontar características, ao menos elementares, que adornam o conceito de **Jurisdição**, assim como para apurar o significado da **função jurisdicional**, notadamente em oposição às funções executiva e legislativa,

especialmente de modo a impedir que outros poderes do Estado usurpem o monopólio judicial estabelecido na **reserva de Jurisdição** – toda essa atividade jurisdicional constituiria o monopólio do Judiciário, mediante a primeira ou a última palavra jurídica.

Na doutrina, a partir de Canotilho, mas especialmente em Rangel, encontra-se também uma verdadeira **planificação** para identificar as diversas graduações apresentadas para a **reserva da Jurisdição**. Acrescendo ao **critério das duas palavras**, Rangel exhibe o dimensionamento mais pormenorizado da reserva **absoluta**, que, como mencionado, pode ser *especificada* ou *não especificada*, e **relativa**, que pode ser *integral* ou *parcial*.

Não obstante todo esse delineamento, nem a legislação, nem a jurisprudência e nem a doutrina avançam nesse tema para além da estruturação generalizada, apoiando-se, notadamente em relação ao critério da **primeira** palavra, ao que está *explicitado* na constituição ou na participação obrigatória do juiz ou do tribunal para a *restrição de direito fundamental*, critério este que seria a vereda jurídica para a definição do conteúdo material e essencial existente no núcleo da função jurisdicional estatal.

Assim, o que se observa, diante da dificuldade em sedimentar um rol definitivo de competências jurídicas, de modo exaustivo, do Poder Judiciário, é que nenhuma das fontes apresentadas trata de maneira aprofundada sobre o **conteúdo do núcleo da função jurisdicional** naquilo que Canotilho chamou de **reserva de juiz**, ou do **monopólio da primeira palavra**, e Rangel de **reserva absoluta**, limitando os apontamentos a indicar as cláusulas expressas ou especificadas nos textos normativos estatais, pouco abordando, dessa maneira, o tema da reserva absoluta **implícita** ou **não especificada** – esses critérios doutrinários serão utilizados a partir da metade da narrativa deste tópico como parâmetro para a identificação das competências jurídicas inseridas no núcleo material da função jurisdicional.

A identificação do **exato núcleo material** da atividade jurisdicional, em

que o **Poder Judiciário** possui a prerrogativa da **primeira** palavra diante de uma **reserva absoluta de Jurisdição**, talvez não seja um exercício meramente “*intuitivo*” quando **não** haja cláusula expressa ou especificada. Contudo, essa identificação é essencial para a compreensão do exercício da função jurisdicional na **Jurisdição Plural** aqui proposta, tendo em vista que, acompanhando o contido no capítulo anterior dessa pesquisa (7), essa seria a exata **diferenciação** entre o exercício do **Poder político** relevante, de exclusividade de órgãos “**supremos**” (Poder Judiciário), e do **Poder burocrático** estatal, extensível aos órgãos “**dependentes**” (Órgãos Orbitais, que, em verdade, deixariam de ser *dependentes* na heterodoxa visão orbital adequada apresentada na presente pesquisa – capítulo 7).

Apesar dessa dificuldade, sem que haja essa delimitação, ao menos por aproximação, respondendo ao questionamento feito ao final do capítulo anterior (7) consistente “**no que julgar?**”, a proposta de ampliação dos órgãos jurisdicionais estatais, de modo ilimitado, causaria o risco dessa amplitude e abstração desnaturalizar seu intento, causando efeito contrário ao desejado, transformando órgãos públicos em verdadeiros tribunais de exceção – vide capítulo 8. Delimitar a competência de atuação dos Órgãos Orbitais, portanto, muito embora seja uma tarefa absolutamente intrincada, é necessária para clarificar os contornos de atuação dos neonatos órgãos públicos que tomarão decisão jurídica dotada dos efeitos da coisa julgada em sociedade na Jurisdição Plural.

Essa delimitação será feita, na sequência, por meio de reflexões, comparando exemplos práticos e propondo amarras jurídicas em temas de especial relevo, notadamente a partir da confrontação das **dimensões da Jurisdição**, dos **princípios** e **valores** de uma sociedade, assim como também das **dimensões** evolutivas do próprio **direito**. Não se objetiva, por certo, estabelecer o conteúdo definitivo do núcleo da função jurisdicional (algo não feito sequer pela jurisprudência ou doutrina), mas tão somente aproximar e delinear competências jurídicas suficientes para **diferenciar** o *Poder político* relevante do *Poder burocrático* dentro da função jurisdicional – pois essa diferenciação permitiria identificar as competências jurídicas *secundárias* que poderiam ser estabelecidas em favor do Órgãos Orbitais.

Dito isso, torna-se imperioso repisar que, como destacado por Rangel, o **núcleo material** das funções estatais corresponde *contemporaneamente* à **separação de poderes** da *idade moderna*. Assim, é possível concluir que o exercício do **Poder político** relevante do Estado atualmente está sedimentado no **núcleo material** de cada função, e é nesse panorama, portanto, do ponto de vista jurisdicional, que se operacionaliza o controle político do Poder estatal por meio da **reserva do Judiciário** enquanto **Poder político** relevante.

Esse **núcleo material** da função jurisdicional poderia ser estabelecido, em seu nascedouro, a partir das **dimensões da Jurisdição**, *política*, *jurídica* e *social*, em um critério definido pelo *escopo* da atividade, onde as **duas primeiras**, por **princípio**, e **parcela** da **terceira**, por **valor**, estariam inseridas na **reserva de Jurisdição do Judiciário**. Nesse critério **finalístico**, ao asseverar que as duas primeiras dimensões – política e jurídica – estariam inseridas no respectivo núcleo da função jurisdicional, bastaria, a partir de então, desenhar os contornos da dimensão social de modo a separar o *Poder político* do *Poder burocrático* nela existente para, assim, estabelecer quais competências jurídicas poderiam sair da esfera de atuação do Poder Judiciário (reserva do Judiciário) e migrar para a competência do Órgãos Orbitais (reserva do Orbital).

Apesar disso, em um mundo complexo e pluricultural como o de hoje, a teoria nem sempre coincide com a prática.

Nesse contexto, pode-se perceber, com relação ao início da afirmação anterior (que as dimensões política e jurídica comportariam competências exclusivas do Judiciário), na atividade mais elementar que é a de assegurar a **participação popular** na **vida política do Estado** de maneira a impedir a tirania, por meio da possibilidade de **votar** e de **ser votado** – **dimensão política** –, que deveria tranquilamente estar situada no **ápice** de relevância da função jurisdicional – portanto, no seu núcleo – e que seria de *exclusividade* do **Poder Judiciário**, tanto na Jurisdição una quanto na dual, está, no entanto, depositada em alguns Estados constitucionais democráticos ocidentais em órgãos **alheios** ao Poder Judiciário.

É o caso da **Constituição francesa**, berço da teoria da separação entre os poderes de Estado, que reconhece textualmente que é o **Conselho Constitucional**²³⁹⁶, e não o *Poder Judiciário*, quem garante a regularidade das eleições.²³⁹⁷ As **Constituições da Venezuela**²³⁹⁸ e **Equador**, ao instituir o **Poder, ou função, eleitoral**, seguem caminhos semelhantes.²³⁹⁹ Esses órgãos, sem adentrar ao mérito da existência de possível independência, não estão localizados no arcabouço estrutural do Poder Judiciário, por vezes inseridos no campo do **governo**, apesar de exercerem funções jurisdicionais no mais alto grau do **Poder político** relevante do Estado.

Na **dimensão jurídica** também se observa situação congênere: o mesmo **Conselho Constitucional** francês, e não o Poder Judiciário, exerce com exclusividade o **controle de constitucionalidade** das leis, outra tarefa essencial no campo jurisdicional como fator constitucionalmente limitador de Poder, não apenas para a *interpretação* última do **ordenamento jurídico**, mas também pelo *controle* de atos de Poder político relevante de governo na função normativa.

Em contrapartida, nesses e em diferentes Estados, outras matérias, de **menor relevância** no contexto político estatal situadas na **dimensão social**, tendentes ao mero impulso das atividades cotidianas da comunidade, permanecem aos cuidados do **Poder Judiciário**, ao menos no tocante à prerrogativa de dizer a

²³⁹⁶ “O Conselho Constitucional exerce competência de órgão eleitoral e de juiz constitucional (*jugde constitutionnel*), ao qual devem obrigatoriamente ser submetidas as leis orgânicas e os regimentos das assembleias parlamentares. As demais leis podem, igualmente, ser submetidas ao Conselho, antes de sua promulgação, mediante requerimento de pessoas legitimadas. Uma disposição declarada inconstitucional não poderá vigorar”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 55/6.

²³⁹⁷ “ARTIGO 58º. O Conselho constitucional garante a regularidade da eleição do Presidente da República”. FRANÇA. **Constituição de 1958**. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: março 2020.

²³⁹⁸ “A constituição da Venezuela faz uma divisão pentapartite entre os Poderes do Estado, incluindo neles o Poder Cidadão e o Poder Eleitoral, ‘previsto no art. 292 da Constituição, que apregoa: ‘o Poder Eleitoral se exerce pelo Conselho Nacional Eleitoral como diretor e, são organismos subordinados a este, a Junta Eleitoral Nacional, a Comissão de Registro Civil e Eleitoral e a Comissão de Participação Política e Financiamento’. Suas atribuições são, nos termos do art. 293, regulamentar as leis eleitorais e resolver as dúvidas e vazios que estas suscitem, declarar a nulidade total ou parcial das eleições, manter, organizar e dirigir o Registro Civil e Eleitoral etc””. MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

²³⁹⁹ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. p. 1280.

última palavra jurídica, o que, de certa forma, **dificulta a identificação do núcleo** da função tomando por base **apenas o conceito** e as **dimensões** da Jurisdição.

Essa diversidade corresponde, sem dúvida, a uma forma de enxergar a separação orgânica e a divisão funcional do Poder político do Estado de um modo *pluralizado* e típico do *século XXI*; algumas instituições como o Conselho Constitucional francês e o Poder Eleitoral equatoriano coexistem e operam com a mesma magnitude no Estado contemporâneo, exercendo funções que, em princípio, seriam de exclusividade do Poder Judiciário, enquanto órgão supremo do Poder de **garantia** responsável pela *esfera do indecidível*, distante das funções de **governo**, como preceituado por Ferrajoli.

Essa distribuição de competências vislumbrada em alguns Estados contemporâneos, de qualquer forma, não diminui a importância que o **escopo** da atividade jurisdicional específica tem em cada **dimensão** para **auxiliar** na identificação do seu **núcleo** material, mas a aproximação pormenorizada exige uma análise mais apurada da questão.

Em linhas gerais, os **escopos** das respectivas **dimensões** podem nos apresentar um **norteamento** mínimo. As **dimensões política e jurídica** estão relacionadas com a *limitação dos poderes do Estado* e a *manutenção das liberdades públicas*, agindo o pronunciamento jurisdicional como manifestação do *Poder político* relevante do Estado em sua forma mais suprema e embrionária. Parece, portanto, não haver dúvida de que essas atividades estejam inseridas no **núcleo** material da função jurisdicional, ao menos se observarmos as competências ordinariamente explicitadas nos diversos ordenamentos jurídicos e a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade do pronunciamento do juiz-tribunal quando o tema é o controle jurídico do Poder político ou a restrição aos direitos fundamentais, utilizando, como adorno, o critério das duas palavras – muito embora assim não seja verificado em alguns Estado contemporâneos, como acima citado.

Por outro lado, a **dimensão social** da Jurisdição é muito mais abrangente, especialmente diante da complexidade da sociedade pós-moderna,

tendo ela por objetivo unicamente a *pacificação social* por meio dos pronunciamentos jurídicos, voltados à movimentação cotidiana e ao bem estar da comunidade, em um viés bastante distinto daqueles verificados nas outras duas dimensões, não obstante todos se valerem do mesmo instrumento jurídico: o “processo”. Assim, quando a Jurisdição é tratada dentro dessa dimensão, é difícil a definição do que – e se – estaria inserido no núcleo material da função jurisdicional.

Diante de toda essa conjuntura, não somente os *escopos* da Jurisdição, mas também a conjugação de dois fatores, o **principiológico** e o **axiológico** (o primeiro voltado à dimensão “*político-jurídica*”; o segundo, à *social*), poderiam **ajudar a identificar**, de modo aproximado, o **núcleo** da função jurisdicional – também normalmente coincidente com a primeira palavra, reserva de juiz ou reserva absoluta, conforme critérios abordados acima na definição da reserva de Jurisdição.²⁴⁰⁰

O fator **principiológico** estaria envolvido com os ideais objetivados na *formação do Estado* moderno ainda na idade média, como os *monopólios* assumidos pelo Estado, conjugados com os fundamentos que regem a *separação entre os poderes* políticos do Estado, dentre eles as *liberdades públicas*, na *acepção negativa* apontada por Canotilho. O fator **axiológico**, em outro norte, estaria vinculado aos valores caraterísticos de cada sociedade e Estado em determinado tempo e espaço, incluindo a *acepção positiva da separação de poderes* consistente no desenvolvimento dos *direitos fundamentais* – também como destacado por Canotilho. Assim, enquanto o *primeiro* remonta ao *passado* – surgimento do Estado moderno – para tentar compreender quais competências jurídicas estariam incluídas no *núcleo* da função jurisdicional, o *segundo* seria pautado por um juízo de valor contemporâneo, a partir na análise *presente* dos valores da sociedade refletidos no respectivo ordenamento jurídico. Ambos foram expostos nas primeiras etapas desta pesquisa.

²⁴⁰⁰ “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 153.

Em uma abordagem histórica-evolutiva das relações sociais, desde a civilização antiga do crescente fértil que descobriu a escrita até o surgimento do Estado moderno no continente europeu ainda na idade média, é possível extrair desse período complexo evolutivo que um dos objetivos **principiológicos** para a *criação do Estado*, como condição imperativa à sua consecução, foi a *unificação das Jurisdições* senhoriais, feudais, eclesiástica e do reino, em torno de um *direito único* buscando a *estabilidade das relações*, e sob o mantra de um *Poder central e soberano*, de onde se extrai que ao Estado pertence o *monopólio* para *criar e aplicar* o direito e dirimir conflitos jurídicos com ele relacionados de maneira exclusiva, fazendo valer suas sentenças com o *uso da força*, se necessário for.²⁴⁰¹

Também na esfera principiológica, na origem do Estado constitucional está a *separação orgânica* dos poderes políticos do Estado por meio da *divisão das funções* essenciais de Poder político (esfera política - *check and balances*), assim como o reconhecimento e a positivação da *primeira dimensão de direitos* – e garantias²⁴⁰² – consistentes nas *liberdades públicas* (esfera jurídica - *rule of law*²⁴⁰³).

²⁴⁰¹ “Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo; encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitanias Hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 560.

²⁴⁰² Aqui necessariamente englobando as garantias aos direitos, pois, sem elas, os direitos seriam inócuos diante de violação. Há quem entenda que as garantias institucionais são garantias de segunda dimensão. De primeira ou segunda dimensão, elas, por pressuposto lógico, fazem parte da essência da Jurisdição, por isso, principiológicas. Nesse sentido: “Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, [...] era proteger a instituição. [...] Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. [...] Graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial, conforme disse Carl Schmitt, para resguardá-las da intervenção alteradora da parte do legislador ordinário. São, segundo o mesmo publicista, uma categoria de direitos fundamentais, direitos que não se confundem porém com os da liberdade, porquanto a estrutura dos mesmos é lógica e juridicamente outra. [...] Não resultou assim difícil a tarefa empreendida por aquele jurista de identificar, entre outras, as seguintes garantias institucionais: as que rodeiam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juízes, a exclusão de tribunais de exceção etc”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 579-580.

²⁴⁰³ “[...] a doutrina da separação dos poderes entrou na História das Ideias e no Direito Constitucional com uma conotação estritamente jurídica sem, de todo, estar ligada ao tema político da constituição mista, sem curar, portanto, da titularidade política dos respectivos poderes-funções. Estava apenas ligada a concepções jurídicas em desenvolvimento na Inglaterra de então, que visavam assegurar a proteção das esferas jurídicas individuais perante intervenções arbitrárias do Estado”. PIÇARRA,

Um Estado que não adote essas condições mínimas não pode ser considerado um Estado constitucional, e qualquer desconformidade com elas são permitidas apenas para aumentar o controle político e o equilíbrio entre os poderes ou as liberdades públicas, mas nunca diminuir – como, por exemplo, o julgamento jurisdicional do presidente, chefe do Executivo, pelo parlamento (Legislativo), e não pelo Judiciário.

Nessa origem também se encontra a *reserva de Jurisdição* como decorrência da *reserva de lei*, de modo a impedir que o *soberano* perpetuasse seu absolutismo e continuasse a editar comandos gerais ou a resolver casos concretos avocando processos contendo conflitos jurídicos. Objetivava a reserva, tanto de lei quanto de Jurisdição, então, a limitação do *Poder político* do soberano, deslocando ao parlamento democraticamente eleito a função legislativa e a sua prevalência geral em detrimento das ordens do Executivo, e não reconhecer o Poder político relevante ao Judiciário, que, em regra, continuava sendo encarado como a mera boca que pronunciava a lei – essa distinção é importante para compreender que, com a instituição dos Órgãos Orbitais na Jurisdição Plural, essa finalidade existente na dimensão político-jurídica de afastar a Jurisdição do *rei* continuará preservada, tendo em vista que esses órgãos não exercerão função executiva e não serão subalternos ao Executivo, mas desenvolverão a função jurisdicional de modo independente; além disso, o limite de atuação desses Órgãos Orbitais é o *Poder burocrático*, e nunca o *político*.²⁴⁰⁴

Dessa forma, temas jurídicos como a *palavra final* sobre a interpretação do direito, a *participação democrática da comunidade no Estado*, o direito político de votar e ser votado, a garantia das liberdades públicas e o controle dos atos de Poder político relevante de Executivo e Legislativo estariam **inseridos de forma indelével no núcleo da função jurisdicional** do Estado, como **decorrência principiológica** a partir dos **motivos** determinantes para a existência do **Estado** constitucional e para a *separação e controle de poderes* políticos do Estado de modo a garantir as

Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. p. 53.

²⁴⁰⁴ “É que a nova ordem, para ter legitimidade, necessitava de instituições que garantissem a segurança, e a separação dos poderes foi fundamental para tanto, desvinculando o Judiciário do Executivo, fato que trouxe a aura de neutralidade ao direito”. MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito**. p. 227/8.

liberdades públicas. São contornos jurídicos contidos em regra nas **dimensões política e jurídica** da Jurisdição.

Em outro norte, no **plano axiológico** cada Estado teria a liberdade de escolher os *bens jurídicos fundamentais* que seriam especialmente tutelados pelo ordenamento jurídico na busca pelo bem comum, estabelecendo, por consequência reflexa, quais deles ficariam aos cuidados exclusivos do Poder Judiciário – o que poderia ocorrer preferencialmente por disposição constitucional, notadamente do Poder constituinte, mas nada impediria que fosse feito por meio de legislação infraconstitucional ou mesmo por construção jurisprudencial a partir da hermenêutica constitucional.²⁴⁰⁵ Afinal, ao indicar a reserva do Judiciário, o objetivo é ampliar e conferir especial relevo ao bem jurídico, influenciado por diversos fatores vinculados aos valores determinantes no espaço e tempo de cada comunidade.

Nesse sentido, aduz Pasold²⁴⁰⁶ que é a correspondência dos *valores* entre o detentor de Poder e os súditos que se estabelece, enquanto noção axiológica e teórica do Poder político, o ponto básico para o exercício do Poder pelo Estado contemporâneo, que teria no dinamismo do valor sua fonte principal de Poder. Em complemento, Dinamarco²⁴⁰⁷ ensina que o valor liberdade e o valor igualdade não possuem, por exemplo, o mesmo significado nos Estados socialistas

²⁴⁰⁵ “Na primeira, trata-se de saber se o bem protegido do direito de liberdade implícito é uma ação ou um estado do titular de direitos fundamentais. [...] A segunda diferenciação é aquela entre direitos de liberdade implícitos abstratos e concretos. [...] Por fim, a terceira diferenciação diz respeito à distinção entre posições *prima facie* e posições *definitivas*. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 364/5.

²⁴⁰⁶ “O dinamismo do exercício do Poder, na linha de raciocínio que venho seguindo e expondo, supõe que haja correspondência entre o Valor ou os Valores que o fundamentam e a forma dele se expressar. Deste modo, do reconhecimento de que o Valor é a fonte principal do Poder resulta que a espécie de Poder expressa tal fonte: se o Valor predominante for o social, o Poder será tal; se for o espiritual, o Poder se expressa como religioso; se for a segurança interna ou externa, tal fonte gera o Poder militar; se for o econômico, eis o Poder assim caracterizado; e, se tais valores são articulados e combinados, a sua expressão será através do Poder complexo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 39. 44.

²⁴⁰⁷ “Mesmo assim, subsistem peculiaridades locais, fruto das raízes culturais mais profundas de cada nação e projeção da superestrutura estatal adotada ou imposta. O valor liberdade e o valor igualdade não têm o mesmo significado nos Estados socialistas e nos liberais, nem coincidem as fórmulas do equilíbrio entre eles, cá e lá: cada Estado concretamente considerado (sempre observadas as variações espaço-temporais) modela em sua carta política e segundo sua própria tradição o modo de ser de suas relações com as pessoas que o compõem. Em outras palavras, a intensidade do poder que exerce sobre elas (magnitude do poder0, expressa no grau de influência sobre a vida da população e áreas de intervenção estatal, define o modo-de-ser político de cada Estado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 187.

e nos liberais, muito menos as fórmulas de equilíbrio entre eles são coincidentes; “cada Estado concretamente considerado (sempre observadas as variações espaço-temporais) modela em sua carta política e segundo sua própria tradição o modo de ser de suas relações com as pessoas que o compõem”, o que indubitavelmente opera reflexos sobre a Jurisdição.

Diante do dinamismo apontado e da ampla diversidade *valorativa* existente em cada Estado, diferentemente do vislumbrado no aspecto principiológico, não seria possível identificar, com a precisão necessária, a temática jurídica inserida nesse contexto axiológico complementar pertinente ao **núcleo** material da função jurisdicional; a sua existência dependeria de previsão ou reconhecimento expresso, direta ou indiretamente, pelo legislador ou pela jurisprudência, diferentemente daquilo observado com relação à esfera principiológica. De todo modo, essa ponderação *axiológica* estaria intimamente relacionada ao que se observa na *dimensão social* da Jurisdição e ao Estado constitucional na sua versão democrática.²⁴⁰⁸

Diante do enorme desafio e da imensa complexidade temática, o presente atalho visual, registrando as características **teóricas** dos fatores *principiológicos* e *axiológicos* utilizados como parâmetro para traçar o *núcleo* da função jurisdicional, pode traçar um panorama geral sobre a narrativa apresentada, de modo a facilitar a compreensão das proposições **práticas** e *comparativas* que serão entabuladas posteriormente.

²⁴⁰⁸ "À função operacional do direito veio juntar-se uma ambição ética através da propagação dos direitos do homem. Não sendo a noção dos direitos do homem algo de novo, este conceito sofreu actualmente algumas modificações: por um lado, faz-se acompanhar de mecanismos institucionais que visam torna-lo mais efectivo e, por outro, delineou novos horizontes de conquista - os direitos do homem considerados de 'segunda' e de 'terceira geração' (direitos económicos, sociais e culturais, direitos ambientais, etc.) que irão impregnar cada vez mais a matéria jurídica no seu todo". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 8.

GRÁFICO 10: fatores principiológicos e axiológicos

Principiológico	Axiológico
Dimensão “político-jurídica”	Dimensão social
1ª Dimensão de direitos	Dimensões seguintes do direito
Análise contextual do passado, por princípio (origem do Estado constitucional moderno)	Análise contextual do presente, por valor (valores sociais contemporâneos)
Competências jurídicas expressas e especificadas, ou não expressas e não especificadas, de fácil identificação (as não expressas e não especificadas por meio de um simples exercício intuitivo, conforme indicado pelo STF)	Competências jurídicas expressas e especificadas, ou não expressas e não especificadas, de fácil identificação apenas com relação às primeiras, positivadas. As segundas constituiriam uma “zona cinzenta” dentro do ordenamento jurídico
Competências jurídicas obrigatoriamente inseridas no núcleo da função jurisdicional. Ex.: interpretação final do direito; democracia e participação da comunidade no Estado; liberdades públicas; controle jurídico dos atos políticos, dentre outras	Competências jurídicas facultativamente inseridas no núcleo da função jurisdicional por cada ordenamento jurídico, a serem definidas a partir dos valores refletidos por cada sociedade em determinado espaço de tempo

Também é necessário salientar que naquela esfera **principiológica** haveria *bens jurídicos* delineados em *competências* de observância **absoluta**, como a separação de poderes e tudo o que a acompanha, assim como a participação da comunidade na vida política do Estado (democracia), e outros de observação **relativa**, como, por exemplo, a *propriedade privada*, ordinariamente elencada como direito fundamental, inexistente em um Estado socialista – ao menos com relação aos bens de produção –, o que, contudo, em nada interfere no estabelecimento do

núcleo material da função jurisdicional a partir dessa conceituação pela origem (principlológica), notadamente quando a proteção é direcionada ao sujeito, e não ao direito por si só²⁴⁰⁹. Esses bens jurídicos teriam, assim, distintas intensidades em suas concernentes esferas de proteção.²⁴¹⁰

Os bens jurídicos²⁴¹¹ **absolutos**, por isso, não podem ser, por ato de nenhuma espécie (executivo ou legislativo), obstaculizados, impedindo, ou mesmo restringindo, o seu acesso à Jurisdição ou aos efeitos da decisão emanada pelo Poder Judiciário, justamente por essas competências se encontrarem no *núcleo* da função jurisdicional de forma *indelével*; os bens jurídicos **relativos**, em outro norte, teriam uma liberalidade maior, diante de uma intensidade de proteção menor (ou variável), e dependeriam, para inclusão ou não no núcleo da função jurisdicional, de opção do Poder constituinte (originário ou derivado): a *existência* deles é *principlológica*; a *manutenção* no ordenamento jurídico, *axiológica* (no citado exemplo da propriedade privada: esse bem jurídico surge de modo *principlológico* na *origem* do Estado moderno, sendo um direito amplamente reconhecido; ele, de qualquer forma, existe, inclusive nas mais diversificadas cartas políticas internacionais de direitos humanos. Porém, alguns ordenamentos jurídicos podem restringir esse direito, sem que com isso se desnaturalizem os objetivos da criação do Estado moderno e a própria separação entre poderes; por isso, a partir de *valores* de cada sociedade, esse direito *originário* pode ser limitado constitucionalmente,

²⁴⁰⁹ “Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultados, sabe-se que a **tutela jurisdicional é dada às pessoas**, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 180.

²⁴¹⁰ “A distinção entre esferas de proteção com diferentes intensidades, perceptível nessas manifestações do tribunal, foi por ele desenvolvida em diversas outras decisões. É possível distinguir três esferas, com intensidades de proteção decrescente: a *esfera mais interior* (‘último e inviolável âmbito de liberdade humana’, ‘âmbito mais interno (íntimo), esfera íntima e inviolável, esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta), a *esfera privada ampliada*, que inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior, e a *esfera social*, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera ampliada. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 360.

²⁴¹¹ Bens jurídicos absolutos são diferentes da reserva jurisdicional absoluta. Bens jurídicos absolutos seriam os que não admitem relativização em sua esfera de proteção. Reserva jurisdicional absoluta seriam competências jurídicas entabuladas no núcleo da função jurisdicional e de exercício exclusivo do Poder Judiciário. Coincidentemente – ou não –, os bens jurídicos absolutos, por não admitirem relativização na esfera protetiva, estariam aos cuidados do Poder Judiciário, inseridos de modo indelével dentro de suas competências jurídicas.

sendo retirado *axiologicamente* do núcleo da função jurisdicional, como ocorre no supracitado Estado socialista. Veja que, se esse mesmo Estado retirar do núcleo da função jurisdicional bens jurídicos de proteção absoluta como democracia, separação de poderes e liberdades individuais de forma ampla, estaremos diante da tirania e do despotismo, e não perante valores aceitos pela sociedade e refletidos no respectivo ordenamento jurídico).²⁴¹²

Nesse diapasão de bens jurídicos absolutos e relativos e as diferentes intensidades de proteção, no ordenamento jurídico **brasileiro** tanto a *liberdade* quanto os direitos decorrentes da *personalidade* são fundamentais e indisponíveis. Não obstante, cada um deles recebe tratamento jurídico diferente. Enquanto, por exemplo, a *honra* e a *imagem* podem ser limitadas publicamente por qualquer pessoa diante da inscrição do nome do devedor nos cadastros universais de não pagadores, o processamento de uma infração penal, mesmo que de nenhuma maneira acarrete prisão com a consequente limitação da liberdade, tem que ocorrer por intermédio da Jurisdição.

Vide, nesse último caso, o crime de porte de droga para consumo próprio, despenalizado pelo legislador brasileiro²⁴¹³, que prevê como primeira consequência da condenação a advertência e como mais gravosa a prestação de serviço público à comunidade, sendo vedada, de qualquer forma, mesmo diante do não cumprimento das medidas impostas na sentença, a conversão em pena privativa de liberdade, não servindo, também, como antecedente criminal para dosimetria de futura pena²⁴¹⁴. Ou seja, o maior gravame decorrente da condenação seria em relação aos direitos de *personalidade*, e não de *liberdade*, mas essa limitação é aceita no ordenamento jurídico brasileiro somente por decisão jurisdicional.²⁴¹⁵

²⁴¹² “Artigo 8º Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: jun. 2020.

²⁴¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 430.105**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>. Acesso em: 7 jun. 2020.

²⁴¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1.778.346-SP**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818187&num_registro=201802964791&data=20190503&formato=PDF. Acesso em: 6 jun. 2020.

²⁴¹⁵ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo

Ou seja, são bens jurídicos idênticos que, por opção *axiológica* do ordenamento jurídico brasileiro, recebem intensidades de proteção distintas – enquanto o segundo estaria inserido valorativamente no núcleo da função jurisdicional, sendo restringido somente por ato do Poder Judiciário (sentença), o segundo, não, podendo ser limitado por qualquer pessoa, inclusive privada (simples inserção do nome no cadastro dos não pagadores).

Em contrapartida, em um juízo de comparação, no **Reino Unido**, “em matéria criminal as infrações menores (*petty offences, summary offences*) são julgadas por *magistrates*, simples cidadãos aos quais foi conferido o título de *justice of the peace*”; esses *magistrates* em regra não são sequer juristas e exercem suas funções com auxílio e suporte de um secretário jurista (*clerk*), um funcionário público com conhecimento sobre direito mas que não é um juiz.²⁴¹⁶ Assim, o mesmo bem jurídico é tratado axiologicamente de maneira diferente no Brasil e no Reino Unido.

Dentro daqueles bens jurídicos elementares **absolutos** que tangenciam a **primeira dimensão de direitos**, por certo também que alguns sofreram **mutação** ampliativa de acordo com as exigências da sociedade do **século XXI**, que não pode ser equiparada àquela agrária do **século XVIII**, como é o caso, por exemplo, da própria *liberdade*. Se naquele período pré-moderno a liberdade estava primeiramente ligada à ideia de liberdade *física*, hoje ela incorpora igualmente até mesmo a intimidade das pessoas, notadamente diante de um *mundo tecnológico* – observe, nessa esfera, a cibernética explorada na segunda parte do capítulo dez da presente pesquisa; talvez a proteção²⁴¹⁷ de dados individuais²⁴¹⁸ deva ser alçada à

pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

²⁴¹⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 421.

²⁴¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**; relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: fev 21.

²⁴¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 4 fev. 21.

categoria de direito fundamental na sociedade do século XXI. Estão resguardadas nesse núcleo as **liberdades contemporâneas**, e não somente as *liberdades modernas*.²⁴¹⁹

Feita a exposição principiológica sobre as diferentes intensidades de proteção, absoluta e relativa, de bens jurídicos existentes, especialmente como pressupostos do surgimento do Estado moderno e da primeira dimensão de direitos positivados, os quais estariam inseridos no **núcleo** da função jurisdicional de maneira indelével quando *absolutos*, mas eventualmente poderiam ser retirados axiologicamente dessa esfera restrita de proteção jurisdicional quando *relativos*, a complexidade da presente proposição aumenta quando a análise é feita a partir do efetivo exercício da função jurisdicional, com a consequente diferenciação entre a **interpretação final do direito** (dimensão jurídica) e a “mera” **aplicação do direito** como forma de resolução de conflitos jurídicos em sociedade (dimensão social).

Nessa esteira, a **interpretação definitiva** sobre o que é o **direito**, inserida no *núcleo* material da função de modo principiológico, aproximar-se-ia da natureza político-jurídica do controle da legislação ou da conformação jurídica de determinadas situações diante de uma análise complexa entre as fontes do direito, cuja norma, a partir de então, teria vinculação e efeitos *erga omnes*, como ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes e os precedentes judiciais, distanciando-se e diferindo, por assim dizer, da atividade rotineira e cotidiana jurisdicional jurídica de **aplicação da norma ao caso concreto**, seja ela decorrente da leitura expressa da lei, seja da repetição dos anteriores pronunciamentos judiciais vinculativos.²⁴²⁰

²⁴¹⁹ “Coleta de material biológico da placenta, com propósito de fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 2.040 QO**. Rel. min. Néri da Silveira, j. 21-2-2002, P, DJ de 27-6-2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>. Acesso em: 4 jun. 2020.

²⁴²⁰ Não é demais recordar que nessas ocasiões, acompanhando Kelsen, o Judiciário seria equiparado ao Legislativo, na função legislativa positiva ou negativa, enquanto órgão de Poder político relevante do Estado.

A *primeira* estaria relacionada abstratamente à **compreensão** sobre o direito; a *segunda* sobre a **imunização**²⁴²¹ dos efeitos dos atos jurisdicionais provenientes das decisões jurídicas efetivadas no caso concreto. A *primeira* como **produto final** da atividade de **interpretação** do direito, a *segunda* como **instrumento** de resolução de conflito jurídico concreto que se utilizaria da interpretação do direito como meio de pacificação. A *primeira* teria natureza **político-jurídica**, a *segunda* **sócio-instrumental**. A *primeira*, **fim**; a *segunda*, **meio**.

Nessa primeira hipótese, o órgão *supremo* do **Poder político** relevante da *esfera do indecidível* na função de *garantia* – vide capítulo 7 e Ferrajoli – teria a prerrogativa de dar a **palavra final** sobre a **interpretação do direito** com o caráter de **definitividade** abstratamente considerado, de modo **principiológico**, por vezes em situação análoga ao **legislador**, de modo positivo ou negativo, com o escopo primário **não** de resolver o conflito social concreto, mas sim de **interpretar definitivamente o sentido do direito**.²⁴²²

Na verdade, nesse campo, observando-se o **critério das duas palavras** no tocante a esse pronunciamento jurisdicional definitivo, vinculativo e com efeitos *erga omnes* sobre a **interpretação final do direito**, o Poder Judiciário teria a prerrogativa da *primeira*, e não da última palavra sobre o que é o direito, mesmo que essa palavra decorra da análise do direito elaborada de modo incidental na via recursal, e não de uma ação constitucional originária. Apenas o Poder Judiciário, de modo definitivo, pode dar essa *palavra jurídica*, não obstante anteriormente outras palavras sobre esse mesmo direito tenham sido proferidas de modo não vinculativo *erga omnes*.

Assim, é possível perceber que a interpretação final e definitiva sobre o direito é competência jurídica inserida no núcleo essencial e material da função

²⁴²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 119.

²⁴²² “Visto o ordenamento jurídico sob essa perspectiva - que em nada impede se concebam as constituições modernas como sistemas abertos de regras e princípios, que se expandem e se arejam em sempre renovadas concretizações - a opção fundamental reside em sabermos a quem e como atribuir a última palavra sobre o sentido e o alcance das normas do sistema, uma escolha que é politicamente dramática até porque, ao fim e ao cabo, o poder de interpretar envolve, também e de fato, o poder de legislar”. COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 39-40.

jurisdicional, de modo principiológico, notadamente em uma feição constitucional.

Em outro norte, resolver conflitos jurídicos em sociedade, por meio da aplicação do direito ao caso concreto, não necessariamente está inserido no núcleo da função jurisdicional, e por isso nem sempre essa é uma atividade exclusiva do Poder Judiciário. Conforme exposto do decorrer da presente pesquisa, o Estado, em geral, toma incontáveis decisões jurídicas aplicando o direito ao caso concreto, por meio de órgãos públicos situados no arcabouço administrativo alheio ao do Poder Judiciário – e até por órgãos privados, como ocorre com o Tribunal das Águas de Valência. Em alguns ordenamentos jurídicos, essa atividade jurisdicional é relegada, inclusive, à Jurisdição administrativa, sem que isso interfira na separação de poderes e na atividade do Poder Judiciário - vide capítulo 6.

Eventual **monopólio** – competência relativa – da atividade jurisdicional de **aplicação do direito** destinado a esse mesmo órgão *supremo* – Poder Judiciário – para dar a última palavra em toda e qualquer disputa jurídica abarcada pela *res judicata*, enquanto instrumento de resolução de conflito jurídico concreto, seria efetivada de maneira **axiológica**, como observado na Constituição brasileira que adota o *princípio da inafastabilidade de Jurisdição*, atribuindo ao Poder Judiciário o monopólio integral da função jurisdicional estatal, para a última palavra naquilo que for residual ao núcleo da função jurisdicional do Estado; não como *princípio*, mas como **valor** – por isso devidamente expressa por meio de cláusula constitucional; não haveria problema algum se, sob esse mesmo prisma valorativo, a Constituição indicasse outros órgãos públicos alheios ao Poder Judiciário para dirimir conflitos jurídicos de modo imunizado, como se, por exemplo, ao invés do necessário esgotamento prévio das vias recursais da *justiça desportiva*²⁴²³ como condição prévia de acesso à Jurisdição, a Constituição vedasse que as decisões desportivas pudessem ser revistas posteriormente pelo Judiciário.

Assim, no caso brasileiro, de modo **principiológico**, o Poder Judiciário

²⁴²³ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

deteria, de qualquer forma, a prerrogativa exclusiva de interpretar o direito abstrato de modo definitivo e com efeitos *erga omnes* – primeira, ou única palavra, mesmo ausente qualquer competência jurídica expressa nesse sentido; por pressuposto **axiológico**, detém o monopólio²⁴²⁴ da competência para aplicar o direito interpretado de modo definitivo aos casos concretos, proferindo a última palavra, diante da competência jurídica expressada na Constituição.

Dessa forma, é possível compreender que as atividades *nomotética secundária* e *nomofilática unificadora* de controle do ordenamento jurídico diferem materialmente daquela realizada para a *pacificação de conflitos*, muito embora formalmente sejam elas *idênticas* e se manifestem por meio do *processo*. A primeira estaria situada no núcleo da função jurisdicional, de modo *principiológico*; a segunda, em um viés *axiológico*, pode ou não estar situada no núcleo da função jurisdicional.

Então, abordada a questão por diversas frentes, principiando pelas dimensões e escopos da Jurisdição, passando indiretamente pelas origens do Estado moderno e pelas dimensões do direito, e também pela observação, nesse contexto, de fatores principiológicos e axiológicos, encostaríamos naquilo que poderia ser considerado o exercício do *Poder político* relevante de um Estado, e que estaria, por consequência, inserido no *núcleo* da função jurisdicional estatal como atividade exclusiva do Poder Judiciário.

A somatória desse conjunto objetivando a delimitação dessas competências jurídicas desaguaria igualmente naquilo que Rangel denominou como **reserva absoluta e relativa** de Jurisdição, a partir do *critério das duas palavras*. Enquanto na **absoluta**, onde estariam situadas as principais competências jurídicas, o juiz e o tribunal teriam a *primeira*, e, portanto, a única palavra, **impossibilitando** o pronunciamento prévio de qualquer outro órgão acerca do tema, na **relativa** eles teriam o poder da *última* palavra, **permitindo** que a questão fosse previamente enfrentada por outro órgão, significando que, nessa *segunda hipótese*, essas

²⁴²⁴ “A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV)”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 560.

competências jurídicas, por serem de menor relevância em determinada sociedade e ordenamento jurídico, **não** estariam inseridas no núcleo material da função jurisdicional, enquanto na *primeira hipótese*, **sim**.

Sem embargo, a partir da confrontação teórica com elementos práticos acerca da **reserva de Jurisdição**, teríamos, assim, ao menos de maneira **aproximada**, a **identificação** de um **núcleo** material da **função jurisdicional** composto pela **reserva absoluta explícita ou especificada**, de fácil identificação, tanto no campo *principiológico* quanto no *axiológico*, pois expressas, e também a **reserva absoluta implícita ou não especificada** – de fácil identificação ao menos no campo *principiológico*, *de modo “intuitivo”* –, as quais, juntas, seguramente compreenderiam a integralidade das **dimensões política e jurídica da Jurisdição**, ou seja, tudo aquilo que circunda as origens do Estado moderno, seja para assegurar os monopólios do Estado e das respectivas funções, seja pela manutenção da separação de poderes políticos ou pela garantia das liberdades públicas – nesse viés de modo **principiológico**.

A reserva **relativa explícita ou especificada** também trilharia o mesmo caminho, igualmente de fácil identificação, pois expressas e formalmente tratadas pelo ordenamento jurídico, mas no sentido inverso, pois, ao se permitir que determinados temas jurídicos sejam enfrentados por órgãos alheios à estrutura do Poder Judiciário, estariam essas competências situadas fora do núcleo material da função jurisdicional – ex.: justiça desportiva, expressamente prevista na Constituição da República brasileira, muito embora prevaleça no Brasil, de modo generalizado, por opção valorativa do Poder constituinte, o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

As reservas **implícitas ou não especificadas**, especialmente as relativas no campo **axiológico**, no entanto, teriam grande volatilidade diante de valores plurais adotados por cada sociedade e refletidos nos respectivos ordenamentos jurídicos, por isso contêm competências jurídicas de difícil identificação e definição de modo abstrato, entrando em uma **zona cinzenta**, mas que, em regra, tangenciariam os *direitos fundamentais* quando absolutas – estas, então, estariam

inseridas no núcleo da função jurisdicional; as demais, *a contrario sensu*, poderiam ser direcionadas aos Órgãos Orbitais.²⁴²⁵

Essa **zona cinzenta** é bastante **ampla**, e está situada **entre o núcleo material** e a **parcela disponível da função jurisdicional**. Para tentar estreitar essa *zona cinzenta*, depois de identificado o que estaria **contido** no **núcleo material**, o caminho a ser seguido é o de tentar demonstrar o que nele **não estaria incluído**, ou seja, qual seria a parcela **disponível** da função jurisdicional que **não** consistiria em exercício exclusivo do Poder Judiciário, trazendo como parâmetro, nesse diapasão, exemplos práticos encontrados no cotidiano forense e legislativo, notadamente no que é verificado na arbitragem e em tribunais consuetudinários e “administrativos” – no exercício da Jurisdição, portanto, inclusive fora dos limites estatais, pois, se determinado tema jurídico pode ser enfrentado pelo particular de modo exclusivo (como na arbitragem), certamente ele não se encontra no núcleo material da função jurisdicional.

A exposição a seguir iniciará pela arbitragem, tangenciando competências jurídicas, e seguirá com a abordagem de um tribunal consuetudinário e outro administrativo, reforçando o anteriormente aduzido sobre a *aplicação* do direito ao caso concreto com o objetivo de *pacificação social* **não** estar inserido no núcleo da função jurisdicional.

Observando o *ordenamento jurídico brasileiro*, não obstante a Constituição elevar a inafastabilidade da Jurisdição monopolizada à primazia exclusiva do Poder Judiciário, a lei ordinária abre exceções, notadamente por meio da **arbitragem**, em que *sentenças* arbitrais dirimem situações jurídicas de maneira definitiva, e quem resolve o conflito, com a última palavra, portanto, é o árbitro, e não o juiz.

²⁴²⁵ “Decisivo para a posição do indivíduo é aquilo que é protegido definitivamente. Mas aquilo que é definitivamente protegido é tudo, menos ilimitado. É o resultado de sopesamentos contra princípios colidentes, que existem em grande quantidade. Decisivos são os pesos que a eles são conferidos. [...] há liberdades as mais variadas, que devem ser inter-relacionadas para que se obtenha um estado global da liberdade fundamentável”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 377.

A delimitação substancial da **matéria jurídica** a ser apreciada no juízo arbitral é um parâmetro mínimo para auxiliar a identificar aquilo que não está inserido no núcleo material da função jurisdicional, no caso brasileiro, os **direitos patrimoniais disponíveis**, incluindo os que eventualmente sejam de interesse do próprio Estado – vedado, nesse caso, o juízo de equidade.²⁴²⁶

Figueira Jr., tratando da arbitragem na América Latina, ensina que são quatro os sistemas existentes, nenhum deles apresentando grandes discrepância, **excluindo** das matérias jurídicas passíveis de serem submetidas ao juízo arbitral qualquer conflito fundado em **direitos indisponíveis**²⁴²⁷. Destaca, dentre eles, o *sistema mexicano*, apontando que naquele ordenamento a arbitragem se divide em civil e comercial, e que a matéria a ser conhecida neles são todas aquelas que **não envolvam estado e capacidade das pessoas**, permitindo, contudo, que mesmo as relacionadas com o **direito de família**, quando **eminentemente patrimoniais**, sejam enfrentadas pelo juízo arbitral, inclusive demandas entre tutores e tutelados.²⁴²⁸

Sobre o *sistema brasileiro*, em linhas gerais, cotejando a Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil em relação à Constituição, Figueira Jr. acrescenta que o legislador, além limitar a **arbitragem** aos **direitos patrimoniais**, restringe-os ainda mais, pois a eles tem que estar relacionada a qualidade de **disponibilidade jurídica**, manifestada “pela admissão de atos de apropriação, comércio, alienação e, em geral, de disposição”. Assim, estariam relegadas à **Jurisdição estatal** as questões de **natureza familiar** ou de **estado**, ou seja, as

²⁴²⁶ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. BRASIL. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

²⁴²⁷ “Diante do que foi exposto precedentemente, percebe-se, sem dificuldades, que estão excluídas as questões de natureza familiar ou de estado, isto é, as relativas à capacidade e ao estado das pessoas (p. ex., filiação, poder familiar, casamento) e criminais. Nada obsta, contudo, que as lides de caráter puramente patrimonial disponível, decorrentes de relações de família, sejam resolvidas, isoladamente, por meio da jurisdição arbitral, como, por exemplo, as complexas partilhas de bens de casais decorrentes de dissolução de casamento ou união estável”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 157.

²⁴²⁸ FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 19-20.

relacionadas à **capacidade das pessoas**, como filiação, poder familiar, casamento, além dos **feitos criminais**, não havendo impedimento, contudo, que sejam resolvidos no juízo arbitral as **partilhas** de bens dos casais.²⁴²⁹ Permaneceriam **disponíveis**, assim, aquelas de **caráter patrimonial** decorrentes inclusive do direito de personalidade.²⁴³⁰

Em complemento, ensina Figueira Jr. que os **direitos metaindividuais**, por serem igualmente **indisponíveis** diante da “maneira com que as relações no plano material se apresentam”, e os **direitos difusos e coletivos**, porquanto **indivisíveis e indeterminados**, também estariam **excluídos** da Jurisdição privada.²⁴³¹ Não obstante, os **direitos individuais homogêneos** – que possuem origem comum –, perfeitamente divisíveis e individualizáveis, e, em regra, **disponíveis quando patrimoniais**, poderiam ser submetidos à arbitragem.²⁴³²

Assim, a arbitragem apresenta um indicativo daquelas matérias jurídicas de menor relevância que certamente **não** estão inseridas no núcleo material da função jurisdicional que seria de exercício exclusivo do Judiciário enquanto órgão supremo de Poder político relevante. Esses temas jurídicos certamente poderiam ser enfrentados pelos **Órgãos Orbitais**.

Mas além disso, a arbitragem cuida de um segundo tema tão importante quanto e que toca o núcleo material da função jurisdicional, consistente na

²⁴²⁹ FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 146.

²⁴³⁰ “Outro ponto que merece destaque são os conflitos que envolvem os direitos da personalidade, ou, mais precisamente, se as controvérsias envolvendo relações desta natureza poderão ser solucionadas perante a jurisdição privada. Esses direitos, como é sabido, são de natureza não patrimonial ou personalíssima e, como tais, indisponíveis. Contudo, deles poderão decorrer questões de caráter eminentemente patrimonial, como se verifica, por exemplo, com a violação de privacidade, o dano à imagem, controvérsias relativas aos direitos autorais, dentre tantas outras. Nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação de direito da personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do ressarcimento ou compensação pecuniária pelos danos sofridos, razão pela qual poderão se valer da arbitragem diante do caráter eminentemente patrimonial da lide”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 157.

²⁴³¹ Uma mesma demanda pode tanto ser observada sob o direito subjetivo individual e o interesse de uma coletividade. Pode inicialmente ter caráter disponível e posteriormente se transmutar em fundamental indisponível, a depender da situação. Por essas razões, é bastante difícil sedimentar, distante do caso concreto, o que estaria dentro ou fora da reserva do Judiciário. O contexto aqui deve ser observado para o desenvolvimento de uma ideia, e não com caráter definitivo.

²⁴³² FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 151.

aplicação do direito de forma definitiva ao caso concreto, ou seja, com a prerrogativa da *última* palavra.

Nesse campo, ainda em continuação com os ensinamentos de Figueira Jr., observa-se na legislação processual adjetiva brasileira que o legislador ordinário relativizou o princípio constitucional da *inafastabilidade de Jurisdição*, que atribui o monopólio da última palavra jurídica ao Judiciário, substituindo no texto normativo infraconstitucional o termo “**Judiciário**” pela expressão “**Jurisdição**”, com espectro muito mais amplo, de **acesso à justiça, pública ou privada**²⁴³³, reportando-se, logo em seguida, à arbitragem, adequando os desígnios do processo à contemporaneidade, especialmente em relação aos **direitos patrimoniais disponíveis** e os que **admitam transação**.²⁴³⁴

Nesse rumo, Figueira Jr. afirma que “a jurisdição não é função ou atividade privativa dos juízes de direito, na medida em que é exercida pelos juízes togados e juízes privados (árbitros)”, e que este é o ponto chave para compreender que, assim, a “arbitragem é jurisdição, processo e procedimento autônomo, destacado e independente, *in totum*, do Poder Judiciário, em que o exercício e o exaurimento do poder dos juízes privados iniciam-se e encerram-se nesse único contexto”.²⁴³⁵

À conclusão diferente não se poderia chegar diante do conceito de Jurisdição apresentado pela doutrina e pela jurisprudência lusitana, que bem enfrentam o tema *reserva de Jurisdição*, afirmando que a função jurisdicional estaria sedimentada em uma composição de conflito de interesse jurídico, por um órgão independente e imparcial, acompanhando a lei com a finalidade específica de

²⁴³³ “Trata-se de jurisdição paraestatal que, de alguma forma, desenvolve-se sob os ‘auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal’. [...] O árbitro é detentor de jurisdição delegada por lei que, por sua vez, concede-lhe o poder de dizer o direito (*juris dictio*) em conflitos patrimoniais disponíveis, portanto, destituído da parcela atinente ao exercício forçado do direito (*jus imperii*), sendo este último poder reservado exclusivamente ao Estado-juiz”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 157.

²⁴³⁴ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.” BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

²⁴³⁵ FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 38 e 407.

realização do direito e justiça.²⁴³⁶

Por isso, as **sentenças arbitrais** não são aferidas em seu **mérito** pelo Judiciário, ao qual é permitido tão somente o controle de legalidade externo, e não interno da decisão, mediante provocação do interessado²⁴³⁷; em se anulando a sentença arbitral, outra deve ser proferida pelo *árbitro*, e não pelo juiz. Diante disso, toda a **interpretação e aplicação** do direito naquele caso concreto não está ao alcance do controle estatal.²⁴³⁸

Dessa forma, tomando por base o instituto da arbitragem, ainda que a interpretação definitiva do direito em tese seja uma prerrogativa do juiz – de modo principiológico –, a **solução jurídica** aportada ao **caso concreto** não é, pois “a sentença arbitral é ato exclusivo do juiz privado, que traz em seu bojo a autoridade de solucionar definitivamente a lide que lhe foi submetida a exame, com *eficácia vinculante prescindível da homologação judicial*”²⁴³⁹. O eventual juízo de anulação está relacionado exclusivamente com requisitos *formais* e de *consentimento*, mas não com o *mérito*, de modo idêntico ao que ocorreria com uma sentença oriunda do Poder Judiciário no caso, por exemplo, da *querela nullitatis*, pois a análise seria dos pressupostos processuais de existência antecedentes ao processo²⁴⁴⁰.

²⁴³⁶ PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**.

²⁴³⁷ “A segunda premissa a ser estabelecida repousa na impossibilidade de controle judicial sobre o mérito da sentença arbitral (parcial ou final), ou seja, do acerto ou desacerto da decisão – o chamado *error in iudicando* – ou a inadequação da motivação (de fato e de direito) do julgado, o que não se confunde com a ausência de fundamentação, esta última hipótese passível de anulação”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 407.

²⁴³⁸ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. BRASIL. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996.

²⁴³⁹ FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 408.

²⁴⁴⁰ “Não se pode confundir a ‘ação anulatória’ prevista nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (demanda de natureza desconstitutiva) com a ação declaratória de inexistência ou ineficácia de ato jurisdicional arbitral – a *querela nullitatis insanabilis*, que é imprescritível. Destarte, a secular *querella nullitatis* funda-se na inexistência ou ineficácia do ato em si (*non ullus*) e que é ainda hoje utilizada com o nome de ação declaratória de inexistência de sentença por ausência de requisito indispensável para a prestação da tutela jurisdicional (v.g., demanda que se processa com a falta de citação)”. FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 408.

Outra situação prática que pode ser utilizada como parâmetro, de modo assemelhado ao que ocorre com a aplicação *inter partes* do direito na sentença arbitral, é o funcionamento do **Tribunal das Águas de Valência** – abordado no fim do sexto capítulo da presente pesquisa –, consistente em um tribunal consuetudinário, composto por membros eleitos da comunidade e competente para o julgamento de causas cíveis envolvendo os canais de irrigação daquela localidade, mesmo em relação aos órgãos públicos ou a terceiros que eventualmente interfiram de algum modo nas relações decorrentes da atividade, como, por exemplo, a poluição do rio, a obstrução da passagem da água ou o pagamento das relações de trabalho ali verificadas – ou seja, o Tribunal das Águas de Valência pode julgar e condenar o próprio Estado, sem que haja outro órgão jurisdicional estatal competente para revisar essa decisão.

As sentenças do Tribunal das Águas de Valência não estão submetidas a recurso nem a controle do Poder Judiciário. O Tribunal é reconhecido pela constituição espanhola, pelo regramento local valenciano e pela lei de organização judiciária da Espanha como possuidor de “função jurisdicional” *ad extra*, mas seus comandos processuais esbarram em limites de consecução, e alguns, para efetivação, necessitam de uma determinação complementar de outros órgãos públicos. Por exemplo, enquanto o Tribunal das Águas pode impor o corte de abastecimento de água – “*quitar el agua*” – como forma de coagir o devedor a cumprir a sentença, e para tanto pode utilizar inclusive o auxílio policial se houver resistência do devedor, o Tribunal não pode impor embargo, restrição ou execução forçada de bens, necessitando, para tanto, de amparo do Poder público – “*apremio administrativo*”; “*la coerción, no la posee el Tribunal*”.²⁴⁴¹

Adiante, no final do capítulo dez, será tratado de um tribunal “administrativo” canadense denominado **Civil Resolution Tribunal – CRT**, alheio ao Poder Judiciário, que também profere sentenças, como “ordens judiciais”, exercendo Jurisdição e interpretando o direito a ser aplicado ao caso concreto, definitivamente, inclusive sob os efeitos da *res judicata*.

²⁴⁴¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso*: (oralidad, concentración, rapidez, economía). p. 219-221.

Assim, como é possível concluir, apesar do Estado deter o monopólio da Jurisdição para dar a última palavra sobre o direito, a **aplicação** desse direito ao **caso concreto**, de modo a **pacificar** a disputa jurídica *inter partes*, **não** está no *núcleo* da função jurisdicional – no capítulo seguinte será abordada a evolução do princípio da unidade da Jurisdição, em seu viés histórico, quando será possível verificar que durante muitas décadas após o surgimento do Estado moderno ainda eram fartamente observadas Jurisdições *paralelas*, como até hoje ocorre, aliás, na Jurisdição dual.

Mas dessa conjuntura também é possível identificar um outro ponto bastante paradoxal na tentativa de assimilação do núcleo da função jurisdicional no comparativo entre a arbitragem (direitos patrimoniais disponíveis) e o consuetudinário Tribunal das Águas de Valência: o Tribunal atua, dentre tantas outras matérias, sobre a distribuição da água na região. A **água** é um **bem público indisponível**, e notadamente naquela localidade sustenta grande parte da atividade econômica por meio da agricultura. O corte no abastecimento da água, prerrogativa disponível ao Tribunal consuetudinário, gera efeitos sobre praticamente todos os demais direitos daquelas pessoas que possuem no plantio sua fonte única de subsistência. E mesmo assim é uma Jurisdição não pertencente ao Poder Judiciário.

Há, nessa esfera, outra questão sobre o acesso à Jurisdição que precisa ser ponderada, pois, dependendo de sua interpretação, pode influenciar diretamente o conteúdo do núcleo da função jurisdicional. Se o **acesso** à Jurisdição for compreendido como direito fundamental de acesso aos *tribunais* **pertencentes** ao *Poder Judiciário*, em qualquer caso ao menos para a *última palavra*, e não o acesso aos respectivos **direitos**, em sentido amplo e também por intermédio de mecanismos e órgãos alternativos, todo pronunciamento jurisdicional estaria contido no núcleo da função jurisdicional, pois somente o Poder Judiciário poderia assim proceder, dirimindo com exclusividade os conflitos jurídicos acobertados pela definitividade.

No Brasil, a Constituição assegura a inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário como direito fundamental, de modo *axiológico*. O constituinte

compreendeu que a Jurisdição deve ser exercida, em sua plenitude, pelo Poder Judiciário. Mais recentemente, no entanto, o Código de Processo Civil repetiu a redação constitucional (XXXV, art. 5º) logo nos seus artigos iniciais (art. 3º) mas substituiu a expressão “*Judiciário*” por “*Jurisdição*”; o que se tornou inafastável, então, ao menos sob aquela ótica processualista, foi o acesso aos *direitos*, em um exercício jurisdicional amplo de acesso à *justiça*, e não o acesso restrito aos *tribunais judiciais*, acompanhando uma leitura contemporânea sobre a Jurisdição, conforme acima registrado.

Por isso, tanto o princípio da *unidade da Jurisdição* – exclusividade do Judiciário – quanto o princípio da *inafastabilidade da Jurisdição* – acesso ao Judiciário – podem ser compreendidos contemporaneamente como **meio** para resguardar e efetivamente alcançar **direitos**²⁴⁴², em um **acesso amplo ao sistema de justiça**, e não como um *fim* em si mesmo consistente na possibilidade de recorrer exclusivamente ao Poder Judiciário para dirimir conflitos jurídicos em sociedade, permitindo, com essa leitura atual, a **coexistência** de outros órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário com capacidade de resolver o conflito jurídico de modo definitivo – por certo que, no arcabouço estrutural estatal, esses órgãos necessitam deter características especiais, notadamente a *independência*, possuindo, assim, natureza jurídica semelhante a dos “*tribunais*” do Poder Judiciário, mas sem se inserir formalmente nessa estrutura do Poder político; tema que será abordado no capítulo seguinte.²⁴⁴³

Essa questão será enfrentada de modo aprofundado no próximo capítulo,

²⁴⁴² “O direito é também diferente da justiça. A justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do que é justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é a sua teoria, imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza dessa justiça. O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 122.

²⁴⁴³ “É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, frequentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar tribunais, mas o é a de criar outros fóruns mais acessíveis”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 91.

quando se demonstrará que a categoria “*tribunal*” engloba em seu conceito operacional também “*órgãos administrativos*”.²⁴⁴⁴

Diante de todo o exposto, o que se observa nessa parte da pesquisa, desde a tentativa de conceituar a Jurisdição, passando pela demonstração das dimensões e culminando nas reservas, é que estabelecer um **núcleo material definitivo** para a **função jurisdicional** é possível apenas de modo **aproximado**, diante das inúmeras **variáveis** existentes em cada sociedade e Estado, notadamente na esfera *axiológica*. Talvez, analisando herculeamente cada ordenamento jurídico de maneira individualizada, isso possa ser feito de maneira mais detalhada, sem olvidar que incontáveis questões jurídicas sobre a reserva de Jurisdição serão vislumbradas apenas na prática, especialmente diante de uma sociedade pós-moderna dinâmica e multifacetada, cuja pluralidade reflete também no direito e na Jurisdição.²⁴⁴⁵

Não obstante, a partir das premissas traçadas foi possível identificar os **dois extremos**, os temas jurídicos mais *relevantes*, que estão no núcleo do Poder político, e as matérias *ordinárias*, mais afastadas do núcleo material da função jurisdicional, aptas ao exercício da Jurisdição burocrática, diminuindo significativamente a **zona cinzenta**, de modo a contar ao menos com um esboço de competências jurídicas “*políticas*”, de um lado, relegadas de modo exclusivo ao Poder Judiciário, e, de outro lado, competências jurídicas “*burocráticas*”, que poderiam ser exercidas pelos Órgãos Orbitais na Jurisdição Plural.²⁴⁴⁶

²⁴⁴⁴ “88. En el contexto de la primera condición, nada prohíbe al Tribunal a calificar como “tribunal” a un órgano nacional concreto, que no depende del poder judicial nacional, tal como recoge en el test del asunto Vilho Eskelinen. El órgano administrativo o parlamentario puede ser considerado un “tribunal” en el sentido sustantivo del término, lo que permite aplicar el artículo 6 aplicable a los litigios de los funcionarios públicos que examina”. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Oleksandr Volkov vs. Ucrania**. Estrasburgo: 30 maio 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1J2UjHc>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁴⁴⁵ “Também é necessário aos reformadores reconhecer que, a despeito do apelo óbvio da ‘especialização’ e da criação de novas instituições, os sistemas jurídicos não podem introduzir órgãos e procedimentos especiais para todos os tipos de demandas. A primeira dificuldade séria é que as fronteiras de competência podem tornar-se confusas”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 162.

²⁴⁴⁶ Quando se observa apenas sob a ótica do direito fundamental individual, haveria necessidade de controle jurisdicional pelo Poder Judiciário somente naquelas situações em que houver negativa ao direito do autor. Mas talvez também seja necessária uma pequena reflexão: quando os incontáveis

8.2.3 Reserva de Jurisdição: reserva do Judiciário vs. reserva do Orbital

A tentativa de conceituar a Jurisdição, o objetivo de apresentar suas dimensões e identificar um núcleo material da função jurisdicional tem por primordial finalidade complementar as conclusões estabelecidas no capítulo anterior sobre a possibilidade de desenvolvimento da função jurisdicional por órgãos estatais considerados *dependentes* dentro daquilo que foi denominado de *Poder burocrático* do Estado – Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural –, respondendo ao questionamento lá entabulado acerca da provocação “o que julgar?”.

De forma bastante objetiva, no tocante à Jurisdição, o **núcleo** material da função jurisdicional conteria o seu *Poder político* relevante, portanto, delineando competências jurídicas de exercício exclusivo de órgão *supremo* do Estado – **Poder Judiciário**. A parcela da função jurisdicional que **não** estivesse em seu núcleo, ou seja, *residual*, conteria competências jurídicas “secundárias”, que constituiriam o *Poder Burocrático* do Estado – e poderiam ser atribuídas aos **Órgãos Orbitais**. Assim, enquanto o *Poder político* relevante contido no núcleo material da função jurisdicional cuidaria de competências jurídicas de maior magnitude estatal e relevo social, as competências jurídicas disponíveis ao *Poder burocrático* abarcariam temas menos sensíveis, possibilitando o julgamento de processos jurisdicionais por juízes alheios à estrutura do Poder Judiciário.

Em outro norte, mas nesse mesmo contexto, a **reserva de Jurisdição**, mais *ampla*, abarcaria a **reserva de Jurisdição do Judiciário**, mais *restrita*. Sobre o todo exposto acerca da *reserva de Jurisdição* se acrescentaria, então, que, além do Judiciário, os *Órgãos Orbitais* também seriam jurisdicionais; mas da reserva do Judiciário, contudo, eles estariam *excluídos* – entrariam eles na **reserva de Jurisdição do Orbital**, como se demonstrará a seguir

pedidos individuais são deferidos indevidamente – mediante fraude –, como anteriormente abordado na pesquisa, não se estaria também a limitar socialmente o mesmo direito a outros postulantes, tendo em vista que esses direitos são finitos? Somente pela ótica individual é que eles precisariam ser controlados pelo Poder Judiciário? Dessa forma, restringe-se o menor, “individual”, mas se permite o maior, “coletivo”? A *contrario sensu*, não seria mais conveniente sob ambas as óticas tornar essas decisões jurisdicionais, dotadas de incontáveis exigências não extensíveis às decisões administrativas, inclusive no tocante ao julgador, de modo a garantir maior segurança e também minimizar as fraudes? Esse é mais um argumento convergente à Jurisdição Plural.

Atualmente, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, situação que se repete provavelmente em grande parte dos Estados democráticos que adotam a Jurisdição una, o **monopólio** da Jurisdição está destinado ao Poder Judiciário, ainda que diante de interferência mínima sobre a decisão administrativa naqueles casos identificados por Rangel como de reserva relativa parcial – juízo de *legalidade* e *anulabilidade*. Assim, utilizando os termos acima propostos, nesses casos o **Judiciário** exerceria com exclusividade a função jurisdicional em forma de **Poder político** e de **Poder burocrático**; ou: *Jurisdição política* e *Jurisdição burocrática*.

Pela proposta presente nesta pesquisa tendente à ampliação dos órgãos jurisdicionais do Estado, **parcela** dessa **Jurisdição burocrática** seria destinada aos **Órgãos Orbitais**, que tomariam decisões jurídicas jurisdicionais sem que sobre elas pendessem qualquer espécie de controle judicial sobre o **mérito** do julgamento, ou seja, não permitiriam sequer a mínima análise de *legalidade* e *anulabilidade* sobre o conteúdo da decisão – para além daquelas previstas para a própria revisão de sentenças prolatadas no Poder Judiciário. Em suma: seriam órgãos verdadeiramente jurisdicionais.

O que se pretende demonstrar nesse momento, de modo bastante singelo, é como se estabeleceria a **reserva de Jurisdição do Judiciário**, cujas competências jurídicas consistiriam o **núcleo** da função jurisdicional, em confrontação com a **reserva de Jurisdição dos Órgãos Orbitais**, cujas competências jurídicas estariam situadas **fora** do *núcleo* da função jurisdicional, observando-se critérios anteriormente apontados, como, por exemplo, o das duas palavras, mas não sem antes repisar as conclusões do capítulo anterior (7) para aclarar a linha argumentativa.

Extrai-se do capítulo anterior:

a) o sistema estatal de controle entre os Poderes é composto por

microsistemas que se complementam na busca pelo equilíbrio – Zippelius²⁴⁴⁷. Ou, na visão de Canotilho²⁴⁴⁸, o sistema estaria compreendido em uma ordenação controlante-cooperante de funções, onde o que realmente importa não é exatamente saber se o ato é executivo, legislativo ou jurisdicional, mas sim se esses atos podem ser feitos de forma legítima.

b) O núcleo material das funções do Estado é o novo nome da separação de Poderes políticos relevantes do Estado contemporâneo – Rangel²⁴⁴⁹.

b) o Poder político relevante do Estado, de competência funcional exclusiva dos Poderes organicamente divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário, coexiste com o Poder burocrático estatal – construção argumentativa feita a partir dos ensinamentos de Kelsen²⁴⁵⁰, Zippelius, Häberle²⁴⁵¹, Ferrajoli²⁴⁵² e grande parte da doutrina;

c) o Poder político relevante do Estado, separado materialmente em funções executiva, legislativa e jurisdicional, possui um núcleo indelegável, cujo exercício é da competência exclusiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – Kelsen²⁴⁵³, Grau²⁴⁵⁴, Canotilho e Rangel.

d) o Poder político relevante do Estado que não estiver inserido no núcleo fundamental material de cada função constitui o Poder burocrático e pode ser exercitado também pelos órgãos administrativos – vide, por exemplo, a edição de regulamentos por órgãos burocráticos no exercício da função normativa; Grau²⁴⁵⁵ abordou detalhadamente a *função normativa de conjuntura*;

²⁴⁴⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 458-557.

²⁴⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 245, 502 e 552-9.

²⁴⁴⁹ RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição**: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. p. 30.

²⁴⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 365 – 402.

²⁴⁵¹ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 193-211.

²⁴⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 102-108.

²⁴⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 381, 390 e 400.

²⁴⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 222 - 238.

²⁴⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 238.

e) os Poderes Executivo e Legislativo, enquanto órgãos supremos, por encontrarem fonte de legitimação distinta e possuírem finalidades típicas de *governo* (esfera do decidível), não podem exercer função de *garantia* própria dos órgãos públicos responsáveis pela efetivação substancial dos direitos e garantias fundamentais (esfera do indecidível); ou seja, não podem exercer funções jurisdicionais - Ferrajoli;

f) além dos órgãos *supremos* e de outros órgãos *administrativos dependentes*, há no Estado Órgãos Orbitais, constituídos por *instâncias independentes* e *órgãos administrativos burocráticos independentes*, nenhum deles submetido ao “Executivo”, mas sim ao Poder jurídico do Estado instituído pelo ordenamento jurídico, os quais exercem funções executivas, legislativas e jurisdicionais na condição de Poder burocrático do Estado – Kelsen, Häberle e Ferrajoli;

g) Os denominados Órgão Orbitais, quando exercem funções *jurisdicionais*, compõe o quadro dos órgãos públicos de *garantia* – Ferrajoli; seu limite de atuação é a Jurisdição não exercida de modo exclusivo pelo Poder Judiciário – Jurisdição burocrática, a partir de uma constatação do núcleo essencial e material da função de Poder político relevante.

Recapituladas as premissas, serão identificadas na sequência **três reservas**, a do **Judiciário**, a do **Orbital** e a **residual**, como subgrupo (*stricto sensu*) da **reserva de Jurisdição** (*lato sensu*), adotando, para tanto, um conceito de função jurisdicional de modo minimalista e de acordo com a importância que a atividade jurisdicional opera no Estado moderno, consistente na prerrogativa de dizer a **primeira** ou a **última** palavra imunizadora sobre determinada situação jurídica. Não pressupõe necessariamente o *conflito* e nem que a função seja desenvolvida por órgão público (*ad intra*).

A Jurisdição, apesar de ser muito anterior ao Estado e a própria legislação, está sendo considerada, nesse ponto, como um **monopólio do Estado**, mas o seu **exercício** pode ser **delegado** ao particular, como na arbitragem – tem

quem defenda o caráter negocial da arbitragem diante da ausência de *imperium* e *opção* das partes; mas o Judiciário, enquanto órgão, também não tem, em uma concepção formal, *imperium*, quem tem é o Estado, e as partes, igualmente, da mesma maneira possuem a opção de resolver eventual conflito disponível de modo alternativo. Por isso, o Estado pode conceder competência ao Judiciário, ao Órgão Orbital ou parcela da Jurisdição ao particular, e depois fornecer a força coercitiva para a execução de seus respectivos julgados. Rememorando Heller, afinal, o órgão “tem poder *no* Estado mas nunca possui poder *do* Estado²⁴⁵⁶”.

Feitas as considerações preliminares, e acompanhando toda a narrativa disposta nesse capítulo oito, inicialmente, a subdivisão da *reserva de Jurisdição* consistente na **reserva do Judiciário** emergiria, primeiramente, naquilo que Canotilho denominou de prerrogativa da **primeira palavra** ou **reserva de juiz**, e Rangel classificou como **reserva absoluta** de Jurisdição. Essa reserva teria origem, de modo mais evidente, conforme anteriormente delineado, nas **competências explícitas ou especificadas**, mas conteria também aquelas **implícitas ou não especificadas**, de modo **principiológico** ou **axiológico**. Esse seria o **núcleo** material da função jurisdicional enquanto exercício de **Poder político** do Estado, consistente, a partir de seu escopo, na integralidade das **dimensões política e jurídica** da Jurisdição.

Nessas hipóteses caberia ao **Judiciário** dar não a primeira, mas a **única** palavra. A atribuição de competência a qualquer outro órgão para enfrentar matéria compreendia nessa conjuntura consistiria em **usurpação** do **Poder político** relevante de exercício **exclusivo** do Judiciário enquanto Poder do Estado e, dependendo do contexto, incidência de tirania e grave atentado contra a democracia, separação de poderes e as liberdades públicas.

Em outras áreas do direito, de maneira **axiológica**, tendo como pressuposto a finalidade na **dimensão social da Jurisdição**, a reserva do Judiciário também poderia ser exercitada por meio da **última**, e não necessariamente da

²⁴⁵⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 285.

primeira palavra, notadamente na *efetivação* – e não *restrição* – dos direitos fundamentais. Não haveria impedimento, dessa forma, que outros órgãos públicos analisassem previamente a situação, desde que se preservasse a via de acesso posterior aos tribunais “do Judiciário”.

Seria o caso, por exemplo, dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes a serem julgados de modo definitivo exclusivamente pelo Judiciário; consistiria em uma matéria desprovida de cunho político e jurídico, mas de **especial relevo na dimensão social**; portanto, uma opção **axiológica** do Estado.²⁴⁵⁷

Relacionando o **critério das duas palavras** com a **reserva do Judiciário**, a prerrogativa de dizer a **primeira** certamente constitui o **núcleo** da função; a prerrogativa de dizer a **última** pode ou não constituir. Em constituindo, a competência para o julgamento definitivo da questão jurídica **não** pode ser atribuída especificamente a nenhum outro **Órgão Orbital**, fazendo parte da **reserva do Judiciário** – sem prejuízo, contudo, que outros órgãos administrativos eventualmente existentes no Estado, que não Orbitais exercendo função jurisdicional, digam a primeira, mas não a última, palavra jurídica.

Além das matérias contidas no núcleo da função jurisdicional, que formariam a **reserva do Judiciário**, no plano organizacional ao Judiciário caberia também a competência **residual** do exercício da Jurisdição, situado naquela parcela **disponível** de Jurisdição – *Poder burocrático*. Em linhas gerais, a **reserva do Judiciário** (núcleo da função) somada à competência **residual** (fora do núcleo) formaria o que hoje é amplamente denominado como **reserva de Jurisdição** (reserva de Jurisdição *lato sensu*). Se parássemos exatamente aqui, o até então registrado não passaria de uma sistematização classificatória da reserva de Jurisdição extraída da doutrina e da jurisprudência, mas esse não é o objetivo. O escopo é demonstrar em que parte dessa distribuição de competências jurídicas

²⁴⁵⁷ Tomando como exemplo o meio ambiente: supondo que uma lei autorize o Órgão Orbital a se pronunciar jurisdicionalmente a respeito de disputas jurídicas envolvendo permissão de desmatamento dentro de determinadas áreas. O mérito de eventual conflito ambiental seria resolvido no Orbital, nos limites de legalidade. A lei, por sua vez, poderia ser questionada perante o Judiciário, especialmente para o controle de constitucionalidade. Note-se, então, que mesmo bens jurídicos de especial relevo, em tese, poderiam ser enfrentados pelos Orbitais.

estatais entrariam os **Órgãos Orbitais**, assim como que, a partir da ampliação dos órgãos públicos jurisdicionais, esses órgãos também teriam parcela de competência jurídica, cujas decisões não poderiam ser revistas posteriormente pelo Poder Judiciário, em uma *reserva* própria.

A **competência jurídica** dos **Órgãos Orbitais** estaria sedimentada exatamente naquilo que estiver **fora do núcleo** material da função jurisdicional, o que se chamou acima de **residual** (burocrático). **Não** necessariamente na *integralidade* da parcela *disponível* da Jurisdição, mas necessariamente naquele contexto diante da impossibilidade de atuação do Órgão Orbital em matéria sedimentada na *reserva do Judiciário*.

Por isso, além da classificação acima proposta, na **reserva residual de Jurisdição**, e **não** na *reserva do Judiciário*, haveria uma **parcela** dessas competências *secundárias* dispostas no ordenamento jurídico para atuação com **exclusividade** aos **Órgãos Orbitais**. Assim, ao **Judiciário** caberia a integralidade da **reserva do Judiciário**, mas **não** a totalidade da **reserva de Jurisdição lato sensu**. Portanto, naquilo que foi denominado como **residual**, haveria a necessidade de se **identificar** a competência dos **Órgãos Orbitais** para dirimirem questões jurídicas de forma definitiva e imunizada *sem* a intervenção do Poder Judiciário. A **reserva de Jurisdição lato sensu**, portanto, comportaria a **reserva de Jurisdição do Judiciário**, a **reserva de Jurisdição do Orbital** e a **reserva de Jurisdição residual**.

A **reserva do Orbital** necessariamente será **expressa**. **Não** haverá reserva *implícita* ou *não especificada*. Os critérios da *primeira palavra* ou da *reserva absoluta* não teriam cabimento na reserva do Orbital. Por **não** cuidar de *Poder político*, mas sim de **Poder burocrático**, haveria sempre a possibilidade de outros órgãos não jurisdicionais se manifestarem previamente a respeito da questão. A reserva do Orbital, dessa forma, seria sempre uma reserva da **via judiciária, relativa**, detentora do monopólio da **última palavra**. Por certo que *não haveria sentido* em manter *dois órgãos* estatais subalternos para tratar do mesmo tema jurídico dentro do arcabouço administrativo público; não seria, inclusive,

recomendado ou desejado. Mas, teórica e tecnicamente, não haveria vedação.

A partir de um critério de distribuição *adequada* de competências, o que estiver atribuído **expressamente** a um Órgão Orbital, observados os limites de exercício situados na **parcela burocrática disponível** da função jurisdicional, contém a **reserva de Jurisdição do Orbital**. Ao Órgão, repise-se, estaria vedado exercer Jurisdição em suas *dimensões política, jurídica* e naquilo que o Estado considerar de *especial relevo* na *dimensão social*. Ao Órgão Orbital caberia emitir somente a última palavra jurídica, porque aqui outros órgãos públicos *dependentes* poderiam atuar como intermediários antecedentes, inexistindo, como aduzido, matéria jurídica de cunho essencial a garantir que um órgão no exercício do *Poder burocrático* do Estado desse a *primeira* palavra. Dar a **primeira** – e única – palavra jurídica seria uma exclusividade do **Poder Judiciário** naquilo que estivesse contido no **núcleo** da função jurisdicional, de modo *principiológico* ou *axiológico*.

Dessa forma, teríamos uma divisão da **reserva de Jurisdição lato sensu** assim distribuída:

GRÁFICO 11: Reserva de Jurisdição *stricto sensu*

	Competência incluída	Competência excluída
Reserva do Judiciário - Competência do Poder Judiciário	- Poder político - Núcleo da função jurisdicional: principiológico e axiológico - Dimensão político-jurídica - reserva residual (“burocrática”) - Controle sobre a atuação dos Órgãos Orbitais (não sobre o mérito da decisão) - Competências expressas e não expressas	- Reserva do Orbital
Reserva do Orbital - Competência dos Órgãos Orbitais	- Poder burocrático - Competências jurídicas secundárias não incluídas no núcleo da função jurisdicional - Dimensão social - Competência expressa a partir do que não estiver contido no núcleo da função jurisdicional	- Tudo o que não estiver expressamente disciplinado em favor do Órgão Orbital - Reserva do Judiciário - Reserva residual
Reserva residual - Competência do Poder Judiciário, enquanto não destinada a nenhum outro órgão	- Poder burocrático - Competências jurídicas secundárias não incluídas no núcleo da função jurisdicional - Dimensão social - Competência não expressa a partir do que não estiver contido no núcleo da função jurisdicional - Todas as competências não especificadas de Poder burocrático	- Reserva do Judiciário - Reserva do Orbital

Em outras palavras: a) **reserva do Judiciário**: núcleo da função jurisdicional, de atuação exclusiva do *Poder Judiciário*; b) **reserva do Orbital**: competência *expressamente* definida para atuação do *Órgão Orbital* em matérias jurídicas dispostas *fora* do núcleo material da função jurisdicional; c) **reserva residual**: competência do *Poder Judiciário* para atuação naquilo que *não* estiver contido no núcleo da função jurisdicional e *não* estiver expressamente atribuído ao *Órgão Orbital* (como se fosse a *reserva relativa* atualmente existente, obtemperada por Rangel); eventualmente, e em teoria, a reserva residual poderia não existir, por exemplo, a partir do momento em que todas as competências disponíveis fossem expressamente atribuídas a algum órgão (não se imagina isso na realidade, mas seria possível).

Estabelecido, assim, em um panorama geral dentro daquilo que é possível sedimentar a partir dos dados expostos, o quadro da **reserva de Jurisdição *stricto sensu***, cumpre destacar alguns outros pontos correlacionados entre a ampliação dos órgãos estatais jurisdicionais e as respectivas reservas de atuação jurisdicional (sobre: interpretação final do direito e sua relação com as decisões jurídicas dos Órgãos Orbitais; controle jurídico das decisões dos Órgãos Orbitais; independência do julgador orbital; Poder burocrático; aumento da esfera de proteção dos direitos e peculiaridades finais).

O *primeiro* deles é sobre estar contido no **núcleo** da função jurisdicional a **interpretação definitiva sobre o direito** – não obstante o tema ter sido anteriormente enfrentado. Sem embargo, nesse ponto é importante frisar a diferenciação das dimensões da Jurisdição com relação ao escopo, que seria de fundamental *aceitação* para que seja possível o desenvolvimento da atividade jurisdicional dos Órgãos Orbitais sem que haja violação ao núcleo material da função, notadamente naquela parcela da dimensão jurídica consistente no monopólio da interpretação definitiva do direito.

Enquanto na **dimensão político-jurídica** a função jurisdicional é desenvolvida como **fim** de alcançar a **interpretação definitiva do direito**, na **dimensão social** a interpretação do direito é utilizada como **meio** para a

pacificação pontual daquele *conflito concreto*. A primeira exige a atividade **política e jurídica** do Estado; a segunda a **atividade social**, a partir da busca pelo *bem estar*. A atividade de interpretação definitiva do direito só pode ser desenvolvida por órgão *supremo* de **Poder político**; a busca pelo bem estar social é obrigação do Estado como um todo, e, na condição de **prestação de serviço**, a atividade pode ser desenvolvida também por órgãos burocráticos “*dependentes*”. A primeira tem caráter **nomotético**; a segunda tem por escopo imunizar especificamente a decisão daquela contenda jurídica – **caso concreto**.

Em verdade, essa parte em nada difere da *jurisdictio* conferida à arbitragem – e aos dois tribunais acima citados, na Espanha e no Canadá. Tendo ela caráter negocial, *sui generis* ou jurisdicional, o fato é que por meio da arbitragem, em processo e procedimento autônomo, destacado, independente e privado, o árbitro interpreta o direito de modo definitivo e estável, impossibilitando que o Estado exerça efetivo controle sobre seu conteúdo.²⁴⁵⁸

Assim, diante da **reserva do Orbital**, as decisões jurídicas tomadas pelos Órgãos Orbitais seriam abarcadas pelos efeitos da **coisa julgada** sem que pudessem ser rediscutidas posteriormente por qualquer outro órgão, inclusive perante o Poder Judiciário, restando *fechada a via de acesso aos tribunais* anteriormente existente nessas hipóteses.

De todo modo, antecipa-se que na interpretação do direito a ser aplicado no caso concreto, não obstante a ausência de dirigismo ou de controle merital pelo Poder Judiciário, o julgador orbital poderá ter auxílio do juiz ordinário para resolução de situações juridicamente complexas, como seriam os *hard cases*, por intermédio de um instrumento denominado **reenvio prejudicial**, que será abordado no último capítulo nessa pesquisa. Por meio do reenvio prejudicial, qualquer questionamento sobre a reserva *material* de interpretação final do direito pelos Órgãos Orbitais restaria superado.

Em outro norte, no *segundo* ponto a ser relacionado, é igualmente

²⁴⁵⁸ FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. p. 38 e 407.

importante destacar que a ausência de controle sobre o *mérito* decisório não significa a absoluta inexistência de **controle** sobre os *Órgãos Orbitais*; ao contrário, pois todo Poder, especialmente o estatal, ainda que burocrático, *pressupõe fiscalização, controle e limitação*. Mas essa fiscalização e controle se dará da **mesma forma** que ocorre com os **juízes**, enquanto órgãos do Estado, e das **decisões** deles emanadas, enquanto jurisdicionais.²⁴⁵⁹

Com relação ao *controle das sentenças*, observando escólio de Miranda, não se pode, por meio da *res judicata*, pretender criar uma realidade paralela, “*fazer de albo nigrum* e mudar *falsum in verum*”. A sentença que contiver alguma impossibilidade cognoscitiva, sendo incompreensível ou indeterminável, impossibilidade lógica, quando invencivelmente contraditória, incompatibilidade moral ou jurídica, criando obrigações para além daquelas que o direito permite, é **nula ipso iure**. Não são, portanto, *sentenças imutáveis*, pois **nulas de pleno direito**, apesar dos efeitos da coisa julgada. Ou seja, ainda que o juiz prolate uma sentença com essas características e sua decisão seja abarcada pelos efeitos da coisa julgada, ela não poderá produzir efeitos em sociedade, pois absolutamente nula diante da sua plena contrariedade ao direito.²⁴⁶⁰ Assim, nota-se que existe controle dos atos jurisdicionais para além da via recursal, buscando eliminar anomalias jurídicas que por ventura se originem em sentenças judiciais.

Transmutando essa realidade eventualmente verificada em sentenças oriundas do Poder Judiciário, se isso ocorrer na Jurisdição Plural por meio de um Órgão Orbital, idêntico procedimento de *controle* para o reconhecimento da nulidade plena da decisão jurisdicional orbital deve *primeiramente* se iniciar de maneira autônoma em processo diante do **próprio Órgão Orbital** – como ocorre no contencioso francês, em que a ação anulatória ou o recurso por abuso de poder (*pourvoir en cassation* ou *recours pour excès de pouvoir*) **não** são propostos no

²⁴⁵⁹ “Quanto menos evoluída estiver essa cultura administrativa, tanto mais apertadas têm naturalmente de ser as malhas da tutela legal e dos controles judiciais, de acordo com a fórmula ainda válida de Tácito: ‘*Corruptissima re publica plurimae leges*’ (Annalen III 27,3)”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 457.

²⁴⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **A ação rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. p. 120.

Judiciário²⁴⁶¹—, perante uma **instância superior**, se houver, e **não** for ela a **causadora** da nulidade, mas, diante da esfera principiológica da Jurisdição, esse controle **não** estaria, em *última hipótese*, afastado definitivamente do *Judiciário*, especialmente se a teratologia atingisse *direitos fundamentais* (mas em atuando o *Judiciário* de modo subsidiário, outra decisão merital seria proferida por um Órgão Orbital).

Sem embargo, o artigo 475 do Código de Processo Civil brasileiro aponta a **ação rescisória** como um instrumento hábil de questionamento das sentenças transitadas em julgado. A ação rescisória não retira o espaço de **ações declaratórias de nulidade** ou de **ações declaratórias de inexistência**, todas podendo *tramitar*, se viável, *perante Órgãos Orbitais*, nem mesmo exclui o manejo, por outro lado, de remédios constitucionais, como **mandado de segurança** e **habeas corpus**, estes, contudo, de exclusividade do *Poder Judiciário* (mesmo contra atos oriundos dos Órgãos Orbitais). Outras situações de controle não previstas serão solucionadas apenas na prática, como seria o caso, por exemplo, do *conflito de Jurisdição* entre Órgãos Orbitais²⁴⁶² — não destes com a reserva do *Judiciário*; em não existindo um órgão específico para dirimir esses conflitos, certamente desaguiariam no Poder Judiciário.

Assim, quando se fala em *ausência de controle*, em verdade o que se quer dizer é que, primeiramente, o julgador orbital deve ter total **independência** para analisar o **mérito** da questão a ele submetida e, depois disso, que a sua decisão, antes de transitar em julgado, só poderá ser contornada diante de **recurso** para outro **Órgão Orbital** igualmente competente. E esse controle subsidiário *para além do mérito*, repise-se, **não** necessariamente precisa ser feito pelo Poder Judiciário;

²⁴⁶¹ BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. p. 538-545.

²⁴⁶² “Y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, dirimiendo las cuestiones de competencias que se plantean entre órganos jurisdiccionales y administrativos”. *EM COMPLEMENTO* - “Es por ello por lo que este procedimiento está dirigido a decidir sobre los puntos de fricción y contacto que se suscitan en la división y la colaboración de poderes, a tenor de las concretas competencias que se atribuyen a la Administración y a la Justicia: y así, que el Tribunal de Conflictos sea, conforme se señalo al comienzo de este capítulo, un órgano para garantizar la correcta distribución y ejercicio de funciones administrativas y judiciales, con arreglo al marco constitucional y legal de división de poderes”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 139, em nota de rodapé.

outro Órgão Orbital estaria autorizado a tanto, dependendo da situação a ser enfrentada.

Na realidade, qualquer espécie de Poder estatal, ainda que burocrático, está submetido a controle, como primado elementar e legitimador do Estado constitucional democrático²⁴⁶³. Diante de todo esse contexto, não seria adequado falar em **ausência de controle** sobre os Órgãos Orbitais, mas sim em **impossibilidade de revisão do conteúdo** de suas decisões. **Não** haverá revisão do **conteúdo** da decisão jurídica proferida pelos Órgãos Orbitais, não obstante haja possibilidade de **controle da atividade em si**, como ocorre em todos os ambientes do serviço público do Estado, sem exceção.²⁴⁶⁴

Em um *terceiro* ponto complementar de abordagem, a mencionada **independência** dos Órgãos Orbitais será tratada adiante na presente pesquisa. Não obstante, com relação ao Órgão em si, é imperioso salientar, acompanhando a exposição do capítulo sete e as premissas anteriormente destacadas, que, primeiramente, o Órgão Orbital deve estar caracterizado como de **garantia**, e não de *governo*, atuando na **esfera do indecível**, e não na *esfera do decidível*, encontrando assim sua fonte de legitimação no **ordenamento jurídico**, para efetivação de **direitos individuais**, e não no *voto popular* voltado ao resguardo do *interesse geral*, agindo de maneira absolutamente *independente e desvinculada* dos Poderes Executivo e Legislativo – na concepção de Ferrajoli –, de modo semelhante às **instâncias independentes**, que teriam natureza jurídica aproximada de tribunais – na visão de Häberle.

Em suplemento (*quarto*), a atividade dos órgãos Orbitais estaria limitada

²⁴⁶³ "Na realidade, a concepção de poder - na estrutura de um Estado fundado em bases democrática - deve conviver, necessariamente, com a ideia correspondente de limitação e de controle. [...] A necessidade ética e a exigência política de conformar, jurisdicamente, o exercício do poder - qualquer que seja o órgão estatal que o detenha - representam, sob tal aspecto, valores fundamentais e pressupostos de legitimação do Estado Democrático de Direito". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS n. 23868-2/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86042>. Acesso em: 7 jun. 2020.

²⁴⁶⁴ "[...] a supremacia da Constituição sobre todos os cidadãos, inclusive os agentes estatais, como mecanismo de coordenação, de estabilização e de racionalização do exercício do poder político no ambiente naturalmente competitivo de uma democracia plural. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em ADI 6457/DF**.

ao exercício do **Poder burocrático** do Estado, sendo vedado aos órgãos imiscuir-se no *núcleo* material da função jurisdicional, onde estaria concentrado o *Poder político* relevante do Estado, que seria de exercício exclusivo do *Poder Judiciário*, podendo ser excepcionalmente transferido²⁴⁶⁵ a outros órgãos de *Poder supremo* com a única finalidade de garantir o equilíbrio entre os poderes ou aumentar as liberdades públicas – conforme delineado no capítulo anterior: núcleo da função enquanto manifestação do Poder jurídico relevante do Estado foi abordado por Kelsen, Grau, Canotilho, Zippelius e Rangel, este último, inclusive, elevando a reserva material de funções à condição de separação de Poderes do Estado contemporâneo.

Ainda (*quinto*), não se deve olvidar que o objetivo na ampliação dos órgãos jurisdicionais seria **aumentar a esfera de proteção de direitos**, por meio de um sistema de justiça mais **ágil e informal**, portanto, mais efetivo e condizente com a sociedade do **século XXI**, e **não** restringir o acesso ao Poder Judiciário. Certamente esse desafio criará outros percalços. Não se desconhece, por exemplo, receios registrados no **Relatório de Florença**, conforme aduzido por Cappelletti, sobre o risco da *proliferação* de tribunais especializados ensejar a *litigação parasitária*; do julgador focar apenas naquele tema jurídico, isolando-se e desenvolvendo uma *visão absolutamente estreita do direito*; da *improvisação de procedimentos* e do *abandono de garantias processuais* conquistadas arduamente com a evolução da humanidade, notadamente com relação à *imparcialidade* e ao *contraditório*, acarretando o surgimento de uma *subclasse de justiça “mais pobre”*.²⁴⁶⁶ E justamente em razão disso, os temas centrais desse receio estão sendo abordados em diversos aspectos dessa pesquisa; o principal deles, inclusive, em capítulo próprio – o nono.

²⁴⁶⁵ “Nessa altura, porém, cumpre fazer uma importante observação para evitar equívocos. É que, embora o Judiciário seja a organização destinada precipuamente ao exercício da função jurisdicional do Estado (CF, art.5o, XXXV e XXXVII), no entanto, o exercício desta função não é exclusiva do Judiciário, já que há algumas situações em que a jurisdição é exercida pelo Poder Legislativo e por árbitros privados. Sirva de exemplo da primeira o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, que são julgados pelo Senado da República, servindo a Câmara dos Deputados de órgão acusatório, e da segunda, o julgamento dos conflitos civis tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. p. 56.

²⁴⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 165-165.

Sem embargo, apesar desse *risco*, o Estado tem que ser um espelho da sociedade; se ele quer continuar refletindo a realidade dos séculos anteriores, utilizando-se de estruturas e procedimentos arcaicos, ignorando as características e exigências contemporâneas, perderá sua legitimidade e seu fundamento de existência, especialmente no tocante à Jurisdição monopolizada, abrindo caminho para que o cidadão procure a **autotutela** e correndo aí sim o *risco*, nesse diapasão, de permitir um indevido **retrocesso** ao direito natural e à vingança privada. A Jurisdição Plural tende a impulsar positivamente o exercício da Jurisdição, inexistindo *risco* de haver uma justiça de segunda linha por meio dos Órgãos Orbitais – ainda mais diante dos mecanismos humanos e cibernéticos de coparticipação para a construção da decisão jurídica multicêntrica disposta no capítulo dez.

Por certo, e isso é muito importante que seja frisado para que a teoria não se esvazie na prática, em alguns Estado continentais, como o Brasil, nem sempre existirá um Órgão Orbital em determinada região para atender às demandas do jurisdicionado. Utilizando como exemplo o PROCON, órgão de amparo ao consumidor – e às relações de consumo –, inexistindo esse órgão no município, mais sim um fórum de justiça do Poder Judiciário, o cidadão poderia procurar o Judiciário, e não este mesmo órgão eventualmente existente em outro município, para fazer valer seus direitos, exatamente como ocorre hoje com as matérias de competência da Justiça Federal, que são delegadas constitucionalmente às Justças dos Estados federados para prestação da função jurisdicional de modo mais capilarizado. Mais certo ainda é que esse raciocínio ainda é voltado à uma sociedade pouco evoluída tecnologicamente e apegada ao espaço físico territorial, o que deve desaparecer em poucas décadas – vide os tribunais *on-line* descritos no último capítulo.

Por fim, impende registrar que a alteração da natureza jurídica da atividade dos Órgãos Orbitais em nada interfere na classificação e atividade dos **outros órgãos “dependentes”** do Estado.²⁴⁶⁷ A maior parte desses órgãos

²⁴⁶⁷ Reflexão: Nesse campo principiológico, a reserva de Jurisdição foi concebida a partir de uma

continuará tomando *decisões administrativas*, especialmente quando situados na esfera do “*governo*”, seja no interesse da administração pública ou no interesse particular, não existindo vedação aos órgãos “*dependentes*” em proferir decisão jurídica prévia desde que se assegure o posterior direito de se recorrer à via judiciária para receber a última palavra jurídica. A diferença é que, diante da Jurisdição Plural, a última palavra será dada pelo Órgão Orbital ou pelo Poder Judiciário – inobstante não fazer o menor sentido a existência na prática de dois órgãos *subalternos* para tratar em idêntico nível estatal a mesma questão jurídica (ex.: um órgão administrativo dependente e um Órgão Orbital); a afirmativa acerca dessa possibilidade de coexistirem órgãos subalternos em duplicidade para o enfrentamento da mesma questão, um deles com a prerrogativa da última palavra (Órgão Orbital), é apenas teórica, como ressaltado anteriormente.

Assim, a divisão entre *reserva do Judiciário* e *reserva do Orbital* não acarretará efeitos sobre a *decisão administrativa* estatal de cunho jurídico existente na **reserva relativa de jurisdição** – na classificação de Rangel, anteriormente exposta. Nem toda decisão jurídica estatal será jurisdicional, assim como nem toda decisão *jurisdicional* estará a cargo do Poder Judiciário. O Estado continuará decidindo *administrativamente* e exercendo²⁴⁶⁸ a *autotutela*²⁴⁶⁹ dotadas de autoexecutoriedade²⁴⁷⁰ necessárias ao bom e rápido andamento dos eventos que

reserva de lei; a reserva de lei retirava o Poder político do “soberano” para permitir que somente o parlamento editasse normas gerais e o Judiciário, como boca da lei, as pronunciasse. A reserva de Jurisdição, então, era uma forma que o Estado moderno encontrou de limitar os Poderes políticos do rei, destinando a ele somente o exercício do Poder Executivo. Com a proposta de ampliação dos órgãos jurisdicionais por meio dos Órgãos Orbitais, a Jurisdição não estará sendo desenvolvida pelo Executivo, mantendo, portanto, a essência do instituto, sob duas óticas: a primeira é que a Jurisdição política relevante continuará sendo exclusividade do Poder Judiciário; a segunda é que os Órgãos Orbitais não estarão situados na esfera do “governo”, muito menos sob o controle do Executivo, constituindo em “instâncias independentes” que exercerão funções de garantia na esfera do indecível sobre temas jurídicos de menor relevância.

²⁴⁶⁸ “Conviene indicar, aunque esta es otra cuestión, que la judicialización no significa que la Administración pública quede plenamente equiparada a los ciudadanos: la autotutela, facultad de ejecutar sus propios actos sin acudir a los tribunales, o el poder de ejecutar las sentencias de éstos dicten, son algunos de los privilegios que niegan esa igualdad de posiciones”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 148.

²⁴⁶⁹ “O princípio da autotutela administrativa significa que a Administração Pública possui o poder-dever de rever os seus próprios atos, seja para anulá-los por vício de legalidade, seja para revogá-los por questões de conveniência e de oportunidade, conforme previsão contida nas Súmulas 346 e 473 do STF, bem como no art. 53 da Lei 9.784/1999.47”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 49.

²⁴⁷⁰ “É oportuno ressaltar que não se deve confundir a autotutela com a autoexecutoriedade

exijam intervenção imediata em sociedade, assim como manterá a sua estrutura burocrática interna que demande a formação de processos administrativos para a tomada de **decisões administrativas jurídicas** pelos órgãos subalternos “dependentes”.

administrativa. Enquanto a autotutela designa o poder-dever de corrigir ilegalidades e de garantir o interesse público dos atos editados pela própria Administração (ex.: anulação de ato ilegal e revogação de ato inconveniente ou inoportuno), a autoexecutoriedade compreende a prerrogativa de imposição da vontade administrativa, independentemente de recurso ao Poder Judiciário (ex.: a demolição de construções irregulares, no exercício do poder de polícia administrativa, não depende, em regra, de consentimento de outros Poderes)”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 49.

CAPÍTULO 9

JURISDIÇÃO PLURAL INDEPENDENTE E IMPARCIAL: TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO OU ÓRGÃOS ORBITAIS?

9.1 INDEPENDÊNCIA DOS ÓRGÃOS ORBITAIS: PERSPECTIVA JURÍDICA

9.1.1 Independência na função jurisdicional burocrática

As **garantias** e **deveres** dos Órgãos Orbitais, tendo em vista que exerceriam função jurisdicional, ainda que de forma burocrática, e não por meio do “Poder político” relevante – este de exclusividade do Judiciário – seriam semelhantes às direcionadas aos juízes, tribunais e ao Poder Judiciário, de acordo com cada ordenamento jurídico, cabendo destacar, nesse momento, as mais importantes.

O Judiciário é um Poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas, dotado de **independência**²⁴⁷¹ e **imparcialidade**²⁴⁷² para garantir ao cidadão a consolidação dos princípios supremos e direitos fundamentais imprescindíveis à certeza e segurança das relações sociais e jurídicas²⁴⁷³, o que só se torna possível quando os juízes estão protegidos²⁴⁷⁴ das

²⁴⁷¹ “A *independência* é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei –, mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 292.

²⁴⁷² “Independência e imparcialidade como condições para um governo de leis, e não de homens”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 451.

²⁴⁷³ BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1244.

²⁴⁷⁴ “É importante ressaltar que ‘a garantia jurisdicional, operacionalizada através da função jurisdicional do Estado, demanda um corpo de pessoas dotadas de independência’, e isso somente é possível ao manter íntegro os mecanismos constitucionais de garantia à magistratura”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 214.

represálias políticas, sociais e econômicas dos grupos que podem ser contrariados com suas decisões.²⁴⁷⁵ Assim, no Brasil, por meio do Poder constituinte²⁴⁷⁶, a “Constituição cercou os juízes de garantias, ou predicamentos²⁴⁷⁷, que, longe de serem pessoais, mais se afinam com a segurança dos jurisdicionados”.²⁴⁷⁸

Por isso, o exercício da judicatura impõe a existência de **estatutos** próprios que regem a atividade²⁴⁷⁹. No Brasil, por exemplo, logo no plano constitucional, foram reservados aos juízes as garantias funcionais de **vitaliciedade**, **inamovibilidade** e **irredutibilidade de subsídios**. Ao Poder Judiciário se assegurou a independência orgânica por meio da **autonomia administrativa e financeira**. Ao “jugador orbital” e aos “Órgãos Orbitais” deveriam ser estendidas prerrogativas semelhantes.

²⁴⁷⁵ “La independencia del juez no es, en consecuencia, tan sólo una garantía para los ciudadanos sujetos a su potestad, ni una garantía de imparcialidad en el litigio, sino que viene exigida por la necesidad de legitimar la decisión jurisdiccional, necesidad que exige la independencia del Juez también cuando no resuelve litigios, por ejemplo cuando impone una sanción penal con la que el acusado está conforme o cuando declara un divorcio a petición de ambos cónyuges”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 34

²⁴⁷⁶ “De acordo com a Emenda Constitucional n. 26/85, os membros do Congresso reunir-se-iam ‘unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso nacional’ (art. 1º). A Assembleia Constituinte seria instalada pelo presidente do STF, que presidiria a eleição do seu presidente (art. 2º). E a nova Constituição seria promulgada ‘depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte’ (art. 3º). [...] A Assembleia Nacional Constituinte que se reuniu em 1º de fevereiro de 1987 era composta por 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores. Dentre os constituintes, todos os deputados federais e 49 senadores haviam sido eleitos no pleito ocorrido em 1986. Os demais 23 senadores eram ‘biônicos’: tinham sido eleitos indiretamente nas eleições ocorridas em 1982”. TAVARES, André *et al.* **Estado constitucional e organização do poder**. p. 226/7.

²⁴⁷⁷ Esses mecanismos não foram destinados diretamente ao Poder Judiciário pura e simplesmente como prerrogativas do magistrado, mas sim como garantia ao cidadão e à Sociedade que se utiliza do Judiciário como verdadeiro organismo mantenedor de seus direitos, principalmente contra o Estado opressor, tirano e escravocrata, e, também, para preservar a própria democracia. A Constituição Federal de 1988 foi promulgada um século depois da abolição da escravatura; porém, de lá para cá, praticamente nada mudou na vida do brasileiro em relação ao comando e ao comandado. O ser humano ainda é tratado como objeto ou animal da idade média; correntes de ferro, escravos e senzala foram substituídos por amarras tributárias, assalariados moribundos e favelas. Os barões latifundiários continuam os mesmos, ocupando seus postos dominantes na política pública. “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. p. 160.

²⁴⁷⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. p. 370.

²⁴⁷⁹ BRASIL. **Lei complementar n 35**, de 14 de março de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

Observando, por exemplo, a realidade do Brasil, o serviço público atualmente, em geral, conta com regras de estabilidade, que poderiam amparar o funcionário público responsável pela tomada de decisão jurídica nos Órgãos Orbitais. Mas essa garantia deve ser substituída pela **vitaliciedade**, igual ao que ocorre com os juízes. Por meio da vitaliciedade, o julgador do Órgão Orbital somente poderia perder seu cargo por meio de sentença judicial (reserva do Judiciário), e não por intermédio de processo administrativo disciplinar. Processo disciplinar²⁴⁸⁰, aliás, que eventualmente existente, não poderia estar submetido à administração hierarquizada, e sim aos cuidados de órgãos específicos, como as corregedorias de justiça do Poder Judiciário e dos Conselhos para a magistratura²⁴⁸¹ – não se pode olvidar, nesse ponto, que a ideia de implementar uma “Jurisdição Plural” não é a de aumentar a burocracia, criando ainda mais despesas ao Estado, mas sim utilizar as estruturas atualmente existentes. Sendo uma função jurisdicional, nada impediria que a sua disciplina fosse observada e fiscalizada pelo Judiciário.

Da mesma forma ocorreria com a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. A **inamovibilidade** permitiria que a decisão jurídica fosse tomada de forma imparcial e independente, sem receios de que, por eventual influência política, o julgador fosse transferido de localidade. A remoção no interesse público, como ocorre com os juízes, também poderia ser aferida por tribunais.

Note-se, nesse ponto, por exemplo, que a inamovibilidade é uma garantia observada até mesmo nos organismos ‘quase-jurisdicionais’ estadunidenses, destinada ao juiz administrativo desde a sua contratação pela agência. Não obstante, com as novas tecnologias (vide segunda parte do capítulo 10), a inamovibilidade deve perder a relevância, pois ela não estará mais ligada ao território, e sim à matéria submetida a julgamento – como corolário do juiz natural.

²⁴⁸⁰ “É precisamente a responsabilidade disciplinar, auxiliada por garantias idôneas, que representa ademais a forma mais apropriada de responsabilidade jurídica dos juízes, que por isso seria fortalecida”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 553.

²⁴⁸¹ “En este marco, el Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucionalmente previsto para garantizar específicos ámbitos de la independencia de Jueces y Magistrados - nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario (art. 122.2 CE) -, frente a la tradicional injerencia en éstos del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 79.

Os **subsídios** normalmente são, ao menos nominalmente, irreduzíveis ao funcionalismo, e deveriam ser estabelecidos em valores coerentes com a atividade jurisdicional exercida de maneira burocrática, e não de “Poder político” relevante.

Em outro turno, os julgadores também observariam os **deveres** e **limitações** impostas aos juízes, que vão desde as mais gerais, como vedação de filiação e exercício de **atividade político-partidária**, assim como as específicas, situadas no plano processual, sob a égide das **suspeições** e **impedimentos**.

Com relação à garantia orgânica dos Órgãos Orbitais, é importante destacar que a ideia de uma Jurisdição Plural é que ela seja mais leve e menos burocratizada, com mecanismos de funcionamento mais simplificados, especialmente desenvolvidos para acompanhar a rapidez das exigências cotidianas para a prestação da Jurisdição em forma de serviço, e não de Poder Político.

Por isso, as garantias ao **órgão** em si não necessariamente precisariam acompanhar aquelas orgânicas de elevada magnitude aplicáveis ao Poder Judiciário; não se imagina necessariamente um órgão de “Poder burocrático” com total autonomia financeira, por exemplo, não obstante devam ser reservadas estruturas mínimas ao seu funcionamento. Esse tema não será abordado de maneira aprofundada, pois a tecnologia atualmente já existente tende a virtualizar grande parte das estruturas do Estado, ocasião em que poucas repartições públicas serão mantidas fisicamente, relativizando a necessidade de “autonomia” financeira, especialmente se o julgador estiver resguardado com irreduzibilidade de subsídios – tendo em vista que as maiores despesas serão com recursos humanos, e as estruturas tecnológicas poderão ser compartilhadas com o Poder Judiciário, conforme delineado no capítulo 10. Assim, mais importante do que as garantias ao “órgão”, são as garantias do julgador.

Enfim, assim teríamos Órgãos Orbitais – ou “tribunais administrativos” – **funcionalmente independentes**, possuindo a respectiva atividade jurisdicional, a partir das garantias para o pleno exercício, natureza jurídica semelhante a

desenvolvida nos tribunais do Judiciário; por isso, diante da independência e da imparcialidade verificadas nos órgãos administrativos, qualquer eventual monopólio da função jurisdicional destinada ao Judiciário teria mais o caráter histórico-político do que jurídico, conforme destacado por Kelsen.²⁴⁸²

Sobre “tribunais administrativos” eventualmente existentes, o **Tribunal Europeu de Direito Humanos**²⁴⁸³ destacou em sua jurisprudência que o “conceito” de separação de poderes entre os órgãos considerados “políticos” e o Poder Judiciário assumiu uma importância crescente na sociedade contemporânea, ensejando uma premente reflexão sobre os limites de permissibilidade e inteiração entre as funções estatais pelos Poderes do Estado.

Nesse sentido, decidiu que nada proíbe qualificar como “tribunal” um “órgão” nacional concreto que **não esteja inserido nas estruturas do Poder Judiciário**, pois um órgão “administrativo” pode ser considerado um “tribunal” no sentido substantivo do termo quando efetivamente **independente**, verificado, dentre outros fatores e em linhas gerais, na forma como os julgadores são alçados ao cargo, na existência de salvaguardas contra pressões externas, na ausência de prejuízo ou na inexistência de atuação partidária.

De maneira específica, a independência, conforme preceituado pelo Tribunal Europeu, deve ser determinada acompanhando dois critérios, um *subjetivo* e outro *objetivo*, não havendo entre eles uma divisão hermética, tendo em vista que a conduta do julgador não pode despertar dúvidas, seja de maneira objetiva com relação ao observador externo, seja também com relação à convicção pessoal do julgador, quando até mesmo a aparência de independência passa a ser relevante, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática inspiram em seu povo.

Nesse diapasão, em uma vertente subjetiva, deve ser observada a

²⁴⁸² Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 390/9.

²⁴⁸³ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Oleksandr Volkov vs. Ucrânia**.

convicção pessoal e a conduta do julgador em particular, ou, em outras palavras, se o julgador sofreu algum prejuízo pessoal ou tomou partido em determinado caso; em uma vertente objetiva, deve ser avaliada se a estrutura e a composição do tribunal oferecem garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima em relação à sua imparcialidade.²⁴⁸⁴

Sem embargo, os conceitos de independência e imparcialidade estariam estreitamente vinculados; ambos se completariam e deveriam ser observados desde a fase inicial de apresentação dos argumentos dos postulantes até a produção de uma decisão jurídica final e vinculante.

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos**²⁴⁸⁵, em outro norte mas em sentido análogo, reconheceu que outros “órgãos” estatais alheios às estruturas do Poder Judiciário podem exercer atos materialmente jurisdicionais, ou seja,

²⁴⁸⁴ Vide, nesse campo, o caso de *Brudnicka and Others vs. Poland*, em que uma câmara marítima da Polônia, que prolatava decisões jurídicas não passíveis de controle judicial, não foi considerada como um tribunal independente unicamente diante do fato de seu presidente e vice-presidente serem nomeados pelo governo e não possuírem garantia de inamovibilidade. Trechos extraídos em tradução livre: As câmaras marítimas foram consideradas como órgãos administrativos marítimos. [...] Observou que havia um longo debate entre os comentaristas poloneses sobre o status legal das câmaras marítimas, que eram algumas vezes consideradas como órgãos administrativos e outras como órgãos judiciais. [...] O Tribunal observa que as decisões proferidas pelas câmaras marítimas são finais e que, de acordo com a lei polonesa, não são passíveis de qualquer forma de revisão judicial. [...] Ao manter a confiança na independência e imparcialidade de um tribunal, as aparências podem ser importantes. Dado que os membros das câmaras marítimas (o presidente e o vice-presidente) são nomeados e destituídos pelo Ministro da Justiça de acordo com o Ministro dos Transportes e Assuntos Marítimos, eles não podem ser considerados irremovíveis e estão posição subordinada em relação aos Ministros. Consequentemente, as câmaras marítimas, como existem na lei polonesa, não podem ser consideradas tribunais imparciais, capazes de garantir o cumprimento do requisito de “justiça” estabelecido no artigo 6 da Convenção. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Brudnicka and Others vs. Poland*. Estrasburgo: 30 março 2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2254723/00%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78989%22%5D%7D>. Acesso em: 8 mar. 2020.

²⁴⁸⁵ “108. Este Tribunal considera que, para atender à garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais preencha as características de imparcialidade e independência que devem orientar todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Nesse sentido, o Tribunal já estabeleceu que essas características não apenas devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos. Uma vez que, em relação a essa garantia, cabe ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que esse funcionário esteja autorizado a colocar em liberdade a pessoa, caso sua detenção seja ilegal ou arbitrária”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor contra Panamá.**

exercendo a Jurisdição do Estado de maneira independente.²⁴⁸⁶ Dessa forma, conforme destacado por Perlingeiro depois de analisar as jurisprudências das cortes internacionais mencionadas, “não há dúvidas de que a jurisdição independente não é uma função exclusiva do Judiciário; pode ser exercida pelo Executivo” – esta última afirmação em uma visão ortodoxa piramidal-escalonada (vide capítulo 7).²⁴⁸⁷

Assim, acompanhando a jurisprudência dos principais tribunais de direitos humanos do planeta, teríamos um “**conceito operacional**” para a categoria “**tribunal**” situado em um patamar para além daqueles órgãos pertencentes ao Poder Judiciário; por isso, quando tratamos de acesso aos tribunais, esses “**órgãos administrativos**”, dotados de características especiais, estariam **incluídos**.²⁴⁸⁸

Ou seja, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a capacidade do “**Órgão Orbital**” em exercer a **função jurisdicional** de maneira independente e imparcial, podendo ele ser assim conceituado como um “**tribunal**”, se observadas as garantias próprias atinentes à Jurisdição.

²⁴⁸⁶ "141. Embora a função jurisdicional caiba eminentemente ao Poder Judiciário, em alguns Estados, em certos casos, outros órgãos ou autoridades públicas também exercem funções de caráter materialmente jurisdicional e tomam decisões, como a do presente caso, que afetam direitos fundamentais, como a liberdade pessoal do senhor Vélez Lóor. No entanto, a atuação da administração em casos desse tipo tem limites intransponíveis, entre os quais está, em primeiro lugar, o respeito dos direitos humanos, razão pela qual se torna necessário que essa atuação se encontre regulamentada". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Lóor vs. Panamá**. Em complemento, sobre a corte europeia: A Corte Europeia tem considerado compatível com a Convenção os Conselhos de Estado que, não pertencendo ao Judiciário, exerçam função jurisdicional administrativa, bastando que as funções consultivas não se concentrem nos magistrados do contencioso (Procola c. Luxembourg rendu par la Cour le 28 septembre 1995; Kleyn et autres c. Pays-Bas rendu par la Cour le 6 mai 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/1DVyklu>>). Ver BAR TOLE, Sergio et al., 2012. p. 176). PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 127, em nota de rodapé.

²⁴⁸⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana.

²⁴⁸⁸ "88. En el contexto de la primera condición, nada prohíbe al Tribunal a calificar como “tribunal” a un órgano nacional concreto, que no depende del poder judicial nacional, tal como recoge en el test del asunto Vilho Eskelinen. El órgano administrativo o parlamentario puede ser considerado un “tribunal” en el sentido sustantivo del término, lo que permite aplicar el artículo 6 aplicable a los litigios de los funcionarios públicos que examina (Argyrou y otros contra Grecia, núm. 10468/04, ap. 24, 15 enero de 2009, y Savino y otros contra Italia, nos. 17214/05, 20329/05 y 42113/04, aps. 72 75, 28 de abril de 2009). La conclusión relativa a la aplicabilidad del artículo 6 lo es, sin embargo, sin perjuicio de la cuestión de cómo se cumplieron en dicho procedimiento las garantías procesales (ibid., ap. 72)”. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Oleksandr Volkov vs. Ucrania**.

Mas essa independência funcional seria o primeiro passo para a caracterização da independência do julgador orbital, e é observada de modo geral em qualquer atividade jurisdicional. Ao lado dela há outra tão importante quanto, que é específica dos “Órgãos Orbitais”, tendo em vista que, de acordo com a visão heterodoxa orbital-adequada do arcabouço estrutural do Estado (capítulo 7), esses órgãos deixarão de ser “dependentes”, passando a ter autonomia decisória, sem dirigismo por parte do Poder Executivo ou da cúpula política estatal ou do próprio órgão.

9.1.2 Independência dos Órgãos Orbitais com relação à administração pública

A independência **funcional** acima descrita deve se somar à independência **material**, que emerge sob dois aspectos: o **primeiro** deles é em razão do descolamento da posição dos Órgãos Orbitais da hierarquia administrativa do Poder Executivo. Com a **adequação**, os órgãos anteriormente denominados como “dependentes” passaram a ser “independentes”, saindo da esfera do “governo” para se situarem na esfera da “garantia”, obedecendo unicamente ao ordenamento jurídico, e não mais ao dirigismo e coordenação advinda da cúpula do Poder Executivo, encontrando, portanto, sua fonte de legitimação na decisão jurídica, e não no voto popular.²⁴⁸⁹

Assim, depois de ultrapassadas nos capítulos anteriores as barreiras que eventualmente impediriam o reconhecimento da atividade jurisdicional por outros órgãos para além do Poder Judiciário, como a adequação orgânica a partir de uma visão orbital de distribuição de atribuições e competências, ausência de hierarquização e dirigismo com o Poder Executivo, limitação da função jurisdicional ao “Poder burocrático” que não estiver inserido no núcleo essencial e material reservado ao Judiciário e garantias de independência ao julgador, resta por fim

²⁴⁸⁹ “De fato, para assegurar a independência da jurisdição, basta que ela se desprenda da autoridade envolvida no conflito e não, necessariamente, do Executivo, como nos EUA, mediante a *administrative agency* e os seus *administrative judges*, onde se busca um *procedural due process of law* perante o Executivo”. PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 127.

enfrentar uma última questão.

Essa questão seria o **segundo** aspecto da independência do Órgão Orbital com relação à **administração**, e consiste no ponto chave para compreender o motivo pelo qual a atividade materialmente idêntica que antes era denominada administrativa, passa a ser considerada jurisdicional na Jurisdição Plural: a imparcialidade sob a ótica da **finalidade** da decisão e o **modo de sua construção**.

O direito administrativo, que pauta a decisão administrativa, possui bases assentadas em premissas diversas daquelas observadas da Jurisdição ordinária de garantia individual, consistentes na **supremacia do interesse público** sobre o interesse particular e na **indisponibilidade do interesse público**.²⁴⁹⁰ Nesse prumo, ensina Carvalho Filho que a administração pública se manifesta por meio de atos, que podem ser conceituados como sendo a exteriorização da vontade dos agentes da administração pública, sob o regime de direito público, visando à produção de efeitos jurídicos com a finalidade de atender ao interesse público. Sob o aspecto teleológico da finalidade do ato, aduz que ele estará sempre direcionado ao interesse público, voltado ao bem comum e aos reclamos da sociedade.²⁴⁹¹

Em outro norte, Escola registra que o interesse público nada mais é do que um “querer majoritário”²⁴⁹², ou seja, a manutenção de interesses individuais conjugados para a formação da maioria. Pode ser também considerado como o conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes oriundos de um grupo majoritário de indivíduos, destinado à comunidade em geral como consequência dessa maioria, encontrando sua origem no querer axiológico dos seus indivíduos, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o

²⁴⁹⁰ "Ora, todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público. Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as camadas prerrogativas de potestade pública e, de outro, as sujeições de potestade pública, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa". BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?**

²⁴⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 106/8 e 126/7.

²⁴⁹² “[...] a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracterizaria-se como ditadura da maioria”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 58.

afetem.²⁴⁹³

O interesse público, indisponível, é orientado pelo “princípio da supremacia do interesse público”, onde todas as atividades do Estado são desenvolvidas para o benefício da coletividade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social, conforme preceitua o *welfare state*. Acompanhando Carvalho Filho, “logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público”; por esse princípio, de observância obrigatória pela administração, o “indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”.²⁴⁹⁴

O interesse público pode ser dividido em *primário* e *secundário*.

Nessa seara, Barroso ensina que o interesse **primário** é a própria razão de ser do Estado, sintetizando-se pela busca da justiça, da segurança e do bem-estar social, enquanto o interesse secundário é o derivado da pessoa jurídica de direito público, como entes federados e autarquias, e “pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”.²⁴⁹⁵ O interesse primário coincide com o abordado anteriormente sobre a supremacia do interesse público.

No tocante ao interesse **secundário** do Estado, Zippelius aduz que a decisão administrativa deve observar, além do interesse primário, também o interesse secundário, que é dirigido e coordenado pela esfera política do governo ou do órgão. A partir das normas gerais, são editadas diretrizes específicas de

²⁴⁹³ ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 240 e 249/250. *Apud*: BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?**

²⁴⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 35.

²⁴⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *in*: ARAGÃO, Alexandre *et al.* **Interesses Públicos x Interesses Privados**: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

observação obrigatória pelos hierarquicamente subordinados, sobretudo disposições jurídicas relativas ao exercício do Poder discricionário e da interpretação da lei, utilizados como instrumentos apropriados e racionais de orientação para atingir determinados objetivos, “adotados no exercício da ‘tutela técnica’”, consistente esta no direcionamento a que deve ser dada a interpretação da lei para aplicação nos casos concretos.²⁴⁹⁶

Esse direcionamento pode partir primeiramente da observação principiológica da supremacia do interesse público sobre o particular; pode ser para objetivar o aumento da arrecadação tributária; pode consistir em uma política governamental ou ideológica de uma maioria sobre uma minoria; pode incidir, inclusive, em situações mezinhas próprias de pequenos órgãos públicos, por vezes fundadas em interesse particular escuso, quando, por vezes, o responsável pela tomada da decisão sequer está juridicamente habilitado para tanto, notadamente a partir dos institutos de avocação, delegação e revisão hierárquica.

Então, dessa forma, o objeto da decisão administrativa não é necessariamente garantir o **direito individual**, não obstante ele eventualmente possa coincidir com o **interesse geral**, e são essas as razões que impedem que as decisões administrativas ganhem caráter de imutabilidade e que, ao mesmo tempo, possibilitam a total e aberta revisão delas pelo Poder Judiciário.

Assim, a eventual parcialidade na decisão administrativa também pode ser analisada sob essas duas mencionadas vertentes: o interesse público primário e o interesse público secundário da administração pública. A decisão jurídica administrativa quando observa tanto o interesse primário, quanto o interesse secundário poderia, em tese, retirar do julgador a necessária **imparcialidade** para proferir decisão jurídica no caso concreto, primeiramente por ter ele de observar o interesse **geral** acima do interesse **individual**, e posteriormente pela obrigatoriedade de seguir o **dirigismo** advindo de instâncias superiores acerca da

²⁴⁹⁶ “[...] escolha de uma interpretação da lei (tutela técnica)”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. p. 554.

melhor interpretação da lei a ser aplicada no caso concreto, oportunidade em que a finalidade do ato é voltada ao **interesse comum**, por vezes governamental, e não apenas social, ou ao interesse do próprio órgão, e por isso o **jugador** acabaria se confundindo com a própria **parte**.²⁴⁹⁷

Sem embargo, o Estado se colocaria concomitantemente na posição de parte e de juiz, atendendo aos seus **próprios interesses**, possivelmente proferindo decisões consequencialistas²⁴⁹⁸ pautadas por valores próprios do direito administrativo, distante do viés de garantia individual – ou, como destacado por Zippelius, enquanto a decisão jurisdicional lança seu olhar para a resolução de uma situação jurídica criada, a decisão administrativa está voltada para o amanhã, cumprindo tarefas públicas, contornando situações jurídicas e fatos concretos sempre em uma perspectiva futura, em conformidade e por meio do uso instrumental do direito pré-existente²⁴⁹⁹.

Como é possível observar, quando os órgãos da administração estão situados de maneira hierarquizada na esfera do governo, o **dirigismo** proveniente dos órgãos superiores é de observância obrigatória, notadamente naquela interpretação da lei a ser aplicada ao caso concreto e voltada ao interesse geral ou

²⁴⁹⁷ “A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Os que o criticam se baseiam no fato de que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia da imparcialidade, já que na Justiça Administrativa o Estado, em tese, é parte e juiz do conflito”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 56.

²⁴⁹⁸ “A esse tipo de consequências, MacCormick – seguindo uma sugestão de Rudden (cf. Ruden, 1979) – denomina consequências jurídicas. E as consequências jurídicas – como se viu nos exemplos anteriormente indicados – são avaliadas com relação a uma série de valores como a Justiça, o senso comum, o bem comum, a conveniência pública etc. Tais valores, por outro lado, são, pelo menos em parte, diferentes em cada ramo do Direito: por exemplo, no Direito Penal um valor básico é o da paz ou da ordem pública, ao passo que, no Direito Contratual, esse valor será a liberdade pessoal para perseguir determinados fins etc”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. p. 154.

²⁴⁹⁹ “A função de garantia do direito revela-se como a função típica da jurisdição. A jurisdição estabelece, no interesse da própria realização do direito, o que é direito. Diferentemente, a administração, mais precisamente também a administração ‘executiva’ estritamente vinculada à lei, faz um uso ‘instrumental’ do direito, na medida em que, para cumprir as tarefas públicas, conforma e regula situações jurídicas e de facto com base nas, e no quadro das, leis, se possível segundo critérios de adequação material”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 471/2.

do órgão.²⁵⁰⁰ Diante disso, o desfecho do caso concreto é vinculado a um **interesse alheio ao processo**, e não ao interesse individual de resolução da situação jurídica submetida ao agente administrativo ou mesmo de efetivação de direitos na função de garantia. Se o julgador natural não observar esses critérios, o superior hierárquico pode revisar e ajustar a decisão à “orientação administrativa”.²⁵⁰¹ O dirigismo voltado ao interesse secundário é por vezes tão severo que pode atrapalhar inclusive a consecução do interesse primário do Estado²⁵⁰².²⁵⁰³

Por isso, quando se diz que somente o juiz pode exercer Jurisdição, é porque somente a ele é direcionada a missão precípua de construção da decisão jurídica na função de “garantia”, de forma independente e imparcial. E é justamente diante dos elementos apontados que se torna possível reconhecer que os Órgãos Orbitais podem igualmente ser independentes e imparciais, dotados de garantias que os façam ter natureza jurídica semelhante a dos tribunais, operando reflexos imediatos sobre a forma em que a decisão jurídica é por eles construída.

Ao abandonar a esfera do “**governo**” para adentrar à esfera de “**garantia**”, o julgador orbital passa a desenvolver a função jurisdicional. A supremacia do interesse público é um importantíssimo princípio que deve ser

²⁵⁰⁰ “Do sistema hierárquico na Administração decorrem alguns efeitos específicos. O primeiro consiste no poder de comando de agentes superiores sobre outros hierarquicamente inferiores. Estes, a seu turno, têm dever de obediência para com aqueles, cabendo-lhes executar as tarefas em conformidade com as determinações superiores. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 73.

²⁵⁰¹ “Outro efeito da hierarquia é o de fiscalização das atividades desempenhadas por agentes de plano hierárquico inferior para a verificação de sua conduta não somente em relação às normas legais e regulamentares, como ainda no que disser respeito às diretrizes fixadas por agentes superiores. Decorre também da hierarquia o poder de revisão dos atos praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo. Se o ato contiver vício de legalidade, ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou para restaurar a legalidade. Por fim, derivam do escalonamento hierárquico a delegação e a avocação”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 73.

²⁵⁰² “A preponderância do interesse público secundário soberana e incontestável atrapalha sobremaneira o alcance da decisão ideal no caso concreto e, por vezes, pode obstar o interesse público primário. É isso que assistimos nos litígios tributários”. BOSSA, Gisele Barra *et al.* **Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015**: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. São Paulo: Almedina, 2017. p. 39.

²⁵⁰³ “Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo (*ius novum*) e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1.

respeitado, mas na esfera governamental, não podendo ser aplicado na esfera de garantia. Dessa forma, a decisão jurídica tem, desde logo, uma **alteração principiológica**, da maneira como o conflito jurídico deve ser *enxergado* e a decisão *construída*. Igualmente, observa-se a mesma alteração com relação à interpretação da lei, que deixa de ser dirigida pelos superiores hierárquicos, voltada à finalidade do interesse público, primário ou secundário, passando a ter interpretação independente pelo próprio julgador, direcionada ao interesse individual, como deve ser a Jurisdição em um Estado constitucional democrático.

Ferrajoli, nesse diapasão, além da diferenciação entre as “esferas do decidível e indecidível”, “governo e garantia”, “legitimação política e jurídica”, utilizados anteriormente como alicerce para a adequação orgânica dos Órgãos Orbitais na estrutura do Estado contemporâneo, também classificou a contraposição do “**interesse geral**” com a “**garantia individual**” como ulterior fonte de legitimação e critério de distinção entre as funções de “governo” e as funções de “garantia”, o que pode ser plenamente observado nessa situação.²⁵⁰⁴

A partir do momento em que os Órgãos Orbitais são reposicionados como órgãos de “garantia”, e não mais como dependentes do “governo”, a sua atuação deixa de ser voltada ao interesse geral ou submetida ao dirigismo, passando a ser uma **garantia individual** e submetida exclusivamente à **efetivação de direitos**, e é sob esse prisma que a decisão abandona o caráter **administrativo** e passa a ser **jurisdicional**, como a derivada do Poder Judiciário. O julgador orbital não será mais condicionado ao “interesse público”, identificado a partir da “maioria”, não devendo impor²⁵⁰⁵ a prevalência deste sobre o interesse particular em jogo.²⁵⁰⁶

²⁵⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 108.

²⁵⁰⁵ "Os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual, ficam, entretanto, constrangidos a aceitá-lo e até contribuir para sua obtenção, porque, formando parte da comunidade, aquele querer valorativo majoritário lhes é imposto obrigatoriamente sobre a base de uma igualdade de possibilidades e obrigações, já que outros interesses públicos, em que tais indivíduos reconhecem seu próprio interesse individual, são impostos a outros indivíduos que deles não participam". ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. p. 238.

²⁵⁰⁶ "Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também

Nesse contexto, acompanhando o destacado por Ferrajoli, o juiz não deve ter qualquer interesse, seja ele geral ou particular, em um ou outro desfecho processual que é chamado a resolver, cabendo a ele unicamente decidir qual das proposituras é verdadeira e qual é falsa; igualmente, não deve ser o juiz um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo, mesmo sendo este decorrente da maioria dos cidadãos, condicionar seu julgamento para a tutela do interesse buscado, o que se aplica incondicionalmente ao julgador orbital, inclusive, se necessário for, “contrariamente aos poderes executivo e legislativo”.

Ferrajoli, então, traça três perfis sobre a **imparcialidade**, consistente na *equidistância*, que determinaria o afastamento do juiz dos interesses das partes; a *independência*, com relação à exterioridade ao sistema político em geral e ao sistema de Poderes; e a naturalidade à determinação, ensejando a observação das competências – *juiz natural*. Esses três perfis exigiriam outras três garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a *imparcialidade* requer a separação com relação às *partes*; a *independência* a separação com relação aos *poderes*; a *naturalidade* a separação de outras autoridades e a observação da predeterminação exclusivamente legal de suas *competências*. “Esse conjunto de condições – orgânicas e culturais – definem a figura do juiz tal como exigida pelo princípio de submissão à jurisdição”.²⁵⁰⁷

Todo esse conjunto de exigências traçado por Ferrajoli foi abordado na exposição dos capítulos anteriores da presente pesquisa, diante do qual se conclui que é possível dotar o julgador do Órgão Orbital de garantias de independência e imparcialidade.

Mas notadamente sobre a **equidistância** do julgador Orbital, especialmente com relação à administração pública – principal questionamento feito

identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade. Sem dúvida, pode bem acontecer que uma parcela da comunidade não reconheça ou identifique aquele interesse como seu, ou cujo próprio interesse se ache, até, em colisão com esse querer valorativo predominante". BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** p.9/10.

²⁵⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 534.

ordinariamente a respeito da parcialidade na tomada de decisão administrativa –, são diversas as notas que podem ser destacadas: o julgador orbital deve ser selecionado por meio de concurso público, e não alçado ao cargo por indicação política; o Órgão Orbital não pode estar situado na esfera do “governo”; o julgador não deve observar o dirigismo existente e destinado aos órgãos administrativos dependentes; não há na vocação da decisão do Órgão Orbital nenhuma finalidade voltada ao “interesse público” que não seja o de efetivar direitos por meio da pacificação social, promovendo uma resposta definitiva ao conflito jurídico; o Órgão Orbital segue o devido processo legal e os julgadores orbitais possuem garantias de independência semelhantes a dos juízes, dentre outras.

Nessa relação equidistante, o processo que antes era considerado administrativo e agora é reconhecido como jurisdicional abandona aquela ótica bilateral²⁵⁰⁸, quando o Estado imiscuía a função de julgador com a de parte, e passa a ser observado sob uma **ótica trilateral**, onde há no processo duas partes e um terceiro independente delas, consistente no julgador orbital.

E com essa transmutação equidistante, passa também a decisão administrativa a ser **sentença jurisdicional**, o que pode ser analisado sob duas vertentes: ela primeiramente perderia o caráter meramente prescritivo, típico dos provimentos administrativos, adotando, então, um caráter **teorético**, exigindo **fundamentação “de fato e de direito”**, como condição de todo provimento jurisdicional regulado por normas jurídicas específicas, voltados à esfera das garantias. “As sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade” ou “credibilidade, fática ou jurídica”.²⁵⁰⁹

Por segundo, com essa transmutação desapareceria o **especial interesse público externo** ao conflito “individual” que exigia a manutenção da “reserva de Jurisdição relativa” para que o Poder Judiciário desse a última palavra ao litígio depois dele ter sido resolvido previamente por outra autoridade pública,

²⁵⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1044.

²⁵⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 499/500.

diante da ausência de independência e imparcialidade do julgador orbital – tema abordado no capítulo anterior: “via judiciária” ou “reserva de tribunal”, conforme Canotilho; “reserva relativa de Jurisdição”, indicada por Rangel: por meio delas, a primeira palavra jurídica poderia ser dada por órgãos alheios ao Judiciário, desde que se mantivesse a possibilidade de controle posterior da decisão pelo Judiciário. Inexistindo o “especial interesse externo ao conflito” na primeira decisão, havendo um julgador imparcial na esfera da “garantia” individual e um devido processo legal, careceria de razão a reapreciação da decisão estatal proferida pelo Órgão Orbital por outro órgão público do próprio Estado, consiste, no caso, no Poder Judiciário.

Com isso, mesmo diante da negativa ao postulado do demandante em uma “ação administrativa” em tramitação no Órgão Orbital, não se verificaria, por exemplo, lesão ao seu direito apto a justificar a reavaliação do desfecho processual pelo Poder Judiciário, porque em verdade o direito, naquele momento, não lhe assistia, conforme estabelecido em “sentença” prolatada pelo julgador orbital, derivada de função jurisdicional, ainda que o Órgão Orbital não seja organicamente pertencente ao Poder Judiciário.

Organicamente não pertencente ao Judiciário, mas funcionalmente exercendo Jurisdição, o que são coisas distintas, confronto enfrentado anteriormente nos capítulos anteriores desta pesquisa. Afinal, a separação das funções é distribuída em uma divisão orgânica. O “Poder político” jurisdicional de exercício exclusivo do Poder Judiciário continua a ele resguardado. A função jurisdicional, que não inserida em seu “núcleo essencial e material”, pode ser exercida por outros órgãos sem que haja desrespeito à teoria montesquiana. Os “Órgãos Orbitais” exercem materialmente a Jurisdição porque, diante de garantias de independência e observância de obrigações, adquirem **natureza jurídica** semelhante a dos tribunais. Portanto, seus atos podem ser considerados “**sentenças**”, na verdadeira acepção do termo.

Sem embargo, todo esse **contexto de imparcialidade** em nada difere do

que ocorre na Jurisdição **dual**. Na França, por exemplo, berço dessa dualidade²⁵¹⁰, o “Conselho de Estado”²⁵¹¹, órgão supremo da Jurisdição “administrativa”, é atualmente reconhecido em nível mundial pela sua capacidade jurídica, tornando-se possivelmente a principal fonte jurisprudencial do direito administrativo planetário.²⁵¹² Ele é composto por diversos membros, alguns inclusive indicados politicamente pelo governo, atua na dimensão política e jurídica da Jurisdição (vide capítulo 8), inclusive tangenciando direitos fundamentais no caso concreto, e nem por isso se vislumbra naquela atuação jurisdicional qualquer indício de imparcialidade, seja no Conselho de Estado ou nos órgãos administrativos que estão situados organizacionalmente abaixo dele e que igualmente proferem decisões jurisdicionais.²⁵¹³ Aliás, o “Conselho Constitucional” francês considerou, mesmo sem

²⁵¹⁰ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. p. 303-305.

²⁵¹¹ “O Conselho de Estado é o conselheiro do governo na preparação de projetos de lei, de *ordonnances* e de alguns decretos. Atende a solicitações governamentais de pareceres sobre questões jurídicas e realiza, sob requisição governamental ou por iniciativa própria, estudos sobre questões administrativas ou políticas públicas. O Conselho de Estado é também o juiz administrativo supremo: é o julgador de última instância das atividades do poder executivo, das coletividades territoriais, das autoridades independentes e dos estabelecimentos públicos administrativos ou dos organismos que dispõem de prerrogativas de poder público. Por sua dupla função, jurisdicional e consultiva, o Conselho de Estado assegura a submissão efetiva da administração francesa ao Direito. Constitui, portanto, um dos mecanismos essenciais do Estado em nosso país. Enfim, o Conselho de Estado é o administrador geral de todos os tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação”. FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar**.

²⁵¹² “A partir de uma interpretação rígida do princípio da separação de poderes, da desconfiança em relação aos juízes do antigo regime e da dicotomia entre o público e o privado, instituiu-se a dualidade de jurisdição: a) Conselho de Estado: responsável pela jurisdição administrativa (contencioso administrativo) e integrante do Poder Executivo, mas independente em relação ao chefe de Estado; e b) Corte de Cassação: incumbida da jurisdição comum e integrante do Poder Judiciário. A evolução do Direito Administrativo francês pode ser atribuída, em grande parte, à evolução jurisprudencial do Conselho de Estado e à atividade doutrinária, com destaque para Joseph-Marie (Barão de Gérando), professor da cadeira pioneira de Direito Administrativo na Universidade de Paris, Henri Berthélémy, Maurice Hauriou, Leon Duguit, Gaston Jèze, Marcel Waline, André de Laubadère, Jean Rivero, Charles Debbasch, Georges Vedel, René Chapus, Pierre Devolvé, Jacqueline Morand-Deville, François Burdeau, entre outros”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 6.

²⁵¹³ “Primeiro órgão do Estado, o Conselho de Estado compreende cerca de 300 membros recrutados por concurso ou pela via externa. Em média, cinco cargos de auditor são propostos cada ano aos alunos mais bem classificados ao término da Escola Nacional de Administração (ENA). Ao final de quatro anos neste cargo, os auditores são promovidos a *‘maîtres des requêtes’* e, doze anos após esta primeira promoção, passam a conselheiros de Estado. O único critério de promoção é a antiguidade, regra que constitui outra importante garantia de independência. Além da via do concurso, o recrutamento pode advir da via externa: um quarto dos *maîtres des requêtes* e um terço dos conselheiros de Estado são escolhidos pelo governo entre personalidades externas ao Conselho. Uma parte das nomeações pela via externa é reservada aos membros dos tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação, após proposta do Vice-presidente do Conselho de Estado. Além disso, o Conselho de Estado conta com conselheiros em serviço

previsão expressa na Constituição, a justiça administrativa como uma verdadeira jurisdição autônoma e independente^{2514, 2515}

Dessa forma, em linhas gerais, qualquer questionamento acerca da imparcialidade a ser observada nos Órgãos Orbitais pode ser vislumbrado a partir da Jurisdição dual existente em inúmeros Estados constitucionais democráticos ocidentais, onde diversos órgãos compartilham harmonicamente a função jurisdicional com o Poder Judiciário. Em complemento, deve-se ter em mente que a proposta da Jurisdição Plural aqui apresentada seria significativamente menos invasiva do que a da Jurisdição dual – embora complementares: enquanto esta exerce Poder político relevante, a Plural estaria limitada ao Poder burocrático, afastada, portanto, das competências jurídicas de maior relevância que continuariam como exclusividade do Poder Judiciário (na Jurisdição una).

Da mesma maneira, é igualmente possível verificar que o **controle jurisdicional** sobre as decisões **administrativas** dos órgãos “quase-jurisdicionais”, existentes em grande escala nos Estados que adotam o sistema da **common law**, tangenciam em regra a *legalidade* e a *razoabilidade* merital da **decisão**, mas em nenhum momento é questionada a ausência de *independência* ou a *imparcialidade* do **julgador** para o julgamento ante ao fato dele não estar formalmente inserido nos quadros do Poder Judiciário; nos Estados Unidos, por exemplo, os juízes administrativos são selecionados pelas próprias agências, dotados a partir de então de garantias, como a inamovibilidade, presumindo-se, até prova em contrário, a respectiva independência e imparcialidade para julgamentos. Ou seja, externamente ao mérito da decisão jurídica, as demais condições exigidas aos “juízes” também são reconhecidas nos “juízes administrativos” existentes no sistema da *common law*.

extraordinário, nomeados por quatro anos e que são membros apenas das seções administrativas. A via externa e o serviço extraordinário enriquecem o Conselho de Estado com uma valiosa diversidade de experiências e de competências”. FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar**.

²⁵¹⁴ DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial**.

²⁵¹⁵ FRANÇA. LE CONSEIL CONSTITUCIONEL. *Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980*.

Enfim, são inúmeras características que possibilitam que o caso concreto seja julgado de acordo com a garantia de direitos individuais nos Órgãos Orbitais, o que inclusive pode resultar em uma sentença favorável ao Estado quando ele estiver em um dos polos da demanda – recordando que, por meio da Jurisdição Plural, os Órgãos Orbitais terão competência também para enfrentar o conflito jurídico entre particulares (*extraneus vs. extraneus*), e não apenas quando o *intraneus* estiver em um dos polos da demanda, diferentemente do que ocorre na Jurisdição dual²⁵¹⁶, caracterizando ainda mais a equidistância em relação ao “Estado”, justamente por ele não fazer parte da demanda.

Ainda, tendo em vista que a proposta da Jurisdição Plural é mais leve e o exercício ocorrerá de modo pulverizado em diversos setores da estrutura estatal do que acontece normalmente na Jurisdição dual²⁵¹⁷, não se pode negar que, na prática, destacadamente naqueles Estados que adotam o sistema jurídico românico-germânico, a influência política sobre esses órgãos burocráticos orbitais possa ocorrer, especialmente quando advinda de órgãos de alto escalão que são preenchidos por indicação política, quando se verificaria que o sistema foi corrompido diante da quebra da sua integridade.

A eventual **influência política**, que nem mesmo os juízes de carreira pertencentes ao Poder Judiciário estão livres de sofrer²⁵¹⁸, é uma **falha cultural** da sociedade que precisa ser corrigida, como decorrência da evolução social e conquista civilizatória, que começou, ao menos na idade contemporânea, com o surgimento do Estado moderno constitucional e posterior delimitação de Poderes políticos; ou seja, século atrás, não sendo concebível que em pleno século XXI as

²⁵¹⁶ “A Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1096.

²⁵¹⁷ Aliás, conforme destaca Meirelles, a complexidade orgânica da Jurisdição dual francesa é um de seus principais problemas. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 54.

²⁵¹⁸ Não apenas por forças externas, mas inclusive internamente. Otto, por exemplo, cita o fato da carreira da magistratura possuir movimentação vertical e horizontal, para ocupação de postos de igual ou superior categoria, e quando isso ocorre por meio da avaliação de critérios de “merecimento”, pode ser utilizado *ad intra* como uma premiação individual para obter uma magistratura dócil e com independência limitada. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 121/4.

estruturas públicas ainda reflitam o absolutismo do século XVIII, o coronelismo do século XIX ou a corrupção sistêmica do século XX – a Jurisdição Plural tem como norte as civilizações evoluídas, e não as involuídas; por isso, espelha-se precipuamente naquilo que pretende alcançar, objetivando multiplicar exemplos positivos, não se limitado vicissitudemente às condições impostas por sistemas defasados.

Não obstante, enquanto não se encontra um modelo ideal, essa prática política viciada que pode acometer a Jurisdição Plural tem condições de ser restringida por diversos instrumentos jurídicos, não apenas em favor da pessoa do julgador orbital, como as garantias e incompatibilidades semelhantes a dos juízes, mas também com a severa penalização administrativa, civil e penal daqueles que tentarem interferir no conteúdo decisório dos Órgãos Orbitais, especialmente das autoridades públicas que hoje são consideradas, na visão piramidal-escalonada, como hierarquicamente superiores.

Possivelmente, em razão disso, um dos grandes desafios para viabilizar a independência do julgador orbital, como destaca Zippelius, seria obstar a “acção das forças pluralistas” que perturbam a imparcialidade da burocracia, não apenas daquelas oriundas dos cargos comissionados preenchidos por pessoas indicadas sobre as quais se espera favores políticos e que estão próximos da base do Órgão Orbital, mas principalmente daquela influência que se origina na chefia das administrações ou dos ministérios exercida sobre funcionários situados em um escalão abaixo do Poder político do Estado, acarretando, por exemplo, a transformação da lealdade do funcionário ao Estado em uma lealdade de partido, sindicato ou igreja.²⁵¹⁹

Assim, seria de grande valia, ao menos enquanto não evoluímos como seres humanos, que o ordenamento jurídico criminalizasse a conduta de quem tentasse, de qualquer modo, interferir no julgamento dos Órgãos Orbitais, especialmente no tocante à influência sobre a imparcialidade e a independência do

²⁵¹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. p. 556.

jugador, para que ele tivesse ainda maior tranquilidade para enfrentar a causa e a sociedade mais segurança nas decisões proferidas por esses órgãos jurisdicionais - *“la independencia en sentido estricto se asegura privando de fuerza de obligar a las instrucciones o, más aún, penalizando el simple hecho de dictarlas”*²⁵²⁰.

De outro lado, que o julgador também tivesse fortes amarras jurídicas, sendo responsável pessoalmente, nas esferas administrativa, civil e penal por seus atos²⁵²¹. Afinal, “uma das garantias mais eficientes para a legalidade de uma função é a responsabilidade pessoal do órgão”.²⁵²²

Dessa forma, em conclusão, todo esse conjunto representa a substancial diferença entre a finalidade²⁵²³ da “decisão administrativa” proveniente do agente administrativo e a “sentença jurisdicional” derivada do Órgão Orbital. Além de não observar o interesse geral e não estar vinculado à prévia interpretação dada pela esfera governamental à lei a ser aplicada no caso concreto, o Órgão Orbital passa a enxergar o processo sob a ótica do **interesse individual**, como **garantia**, vinculado apenas ao **direito**, livre de qualquer dirigismo e distante do interesse primário e secundário do Estado a ser utilizado como critério decisório – os quais podem ser coincidentes com o desfecho do processo, mas não será esse o escopo –, possibilitando que a decisão seja construída **triangular** e legitimamente a partir da **fundamentação** de fato e de direito, adotando um caráter **teorético** e não meramente prescritivo, permitindo o surgimento de uma verdadeira **sentença**, como único “ato normativo cuja validade se funda na verdade²⁵²⁴”, de acordo com a

²⁵²⁰ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 59.

²⁵²¹ “[...] responsabilidad personal y directa, civil y penal, del agente de la Administración encargado del cumplimiento de la sentencia”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. p. 169.

²⁵²² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. p. 427.

²⁵²³ “Diante do que expusemos até agora, parece-nos possível conceituar o processo administrativo como o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 1045.

²⁵²⁴ “No nosso ordenamento, como na maior parte dos ordenamentos evoluídos, a existência da motivação ‘de fato’ e ‘de direito’ como condição necessária de validade dos provimentos jurisdicionais é prescrita por normas jurídicas específicas”. [...] E porque o valor das asserções é a verdade decorre que as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 500.

Jurisdição do Estado constitucional democrático.

Aliás, esse é um aspecto igualmente relevante a ser confrontado nas decisões administrativas quando o ordenamento jurídico estatal permitir que sobre ela seja feito controle jurisdicional somente sob o aspecto da legalidade e da razoabilidade, como se observa frequentemente no sistema da *common law* – tratando do campo dos direitos individuais, e não das políticas públicas. Tanto a *legalidade* quanto a *razoabilidade* podem ser perfeitamente *observadas* em uma decisão administrativa que leva precipuamente em consideração a supremacia do interesse público sobre o particular e o dirigismo decorrente de órgão superior acerca da interpretação da lei a ser aplicada no caso concreto, mas isso não significa que a decisão jurídica foi construída com respeito à esfera da *garantia de direitos e interesses individuais*.

Por isso, ou se altera em substância a **natureza jurídica** da decisão, fornecendo totais condições para que ela transmude seu caráter de administrativa para jurisdicional, contendo todos os elementos materiais de uma sentença, ou se permite o *desprezo dela por completo* na via jurisdicional, pois ainda que ela resguarde por via reflexa o direito individual, isso só ocorrerá quando ele for *coincidente* com o interesse geral, diante da indisponibilidade do interesse público que o julgador administrativo deve obrigatoriamente observar na decisão administrativa. E o mero controle intermediário de legalidade e razoabilidade não será suficiente para aferir a garantia dos direitos e interesses individuais em um Estado constitucional democrático – inclusive no julgamento exclusivo entre particulares (*extraneus*), tendo em vista que o julgador deveria solucionar o conflito do modo que o desfecho melhor se adeque aos interesses gerais.²⁵²⁵

É importante destacar, em outro cenário, que, com a transmutação da decisão administrativa em decisão jurisdicional, restam vedadas as práticas de gestão estatal consistentes em *avocação* e *delegação* de processos, assim como a

²⁵²⁵ Assim, a Jurisdição Plural certamente aumentaria a proteção de direitos, especialmente quando comparados aos Estados que jurisdicionalmente operam sobre a decisão administrativa perfuntórios controles de legalidade e razoabilidade.

anulação das decisões e substituição por outras efetivadas de ofício pelo superior hierárquico.²⁵²⁶ Toda a **autotutela**²⁵²⁷ administrativa estatal deixa de ser aplicada aos Órgãos Orbitais, por todos os motivos expostos, que vão desde a ausência de hierarquização, notadamente por meio de uma distribuição adequada de competência jurídicas, mas especialmente ante ao fato da decisão ser jurisdicional, e não mais administrativa, com naturezas jurídicas distintas, devendo respeitar o devido processo legal, inclusive, se for o caso de modificação do conteúdo, pela via recursal adequada.²⁵²⁸

Partindo para o fim, um ponto bastante relevante para corroborar a independência do julgador orbital será contar ele com a **participação** do juiz ordinário do Poder Judiciário na confecção de sua decisão, por meio de um instituto denominado “**reenvio prejudicial**” – adaptado à Jurisdição Plural –, que será abordado de maneira pormenorizada no capítulo seguinte, fazendo emergir uma **sentença multicêntrica**. Por enquanto, resta consignar que a participação do juiz ordinário, nessas hipóteses, seria um **reforço de imparcialidade e independência**, tendo em vista que, mesmo diante de alguma pressão, interna ou externa, o Poder Judiciário estaria diretamente vinculado à decisão sobre a interpretação do direito, impedindo a desnaturalização da função jurisdicional estatal na sua forma burocrática, não diretamente como fiscal ou controlador do julgador, mas sim em uma atividade coparticipativa estruturante, o que indiretamente afastaria indevidas interferências políticas.

²⁵²⁶ Vide: SÚMULA 346 STF. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. E: SÚMULA 473 STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 8 jun. 2020.

²⁵²⁷ “Esse aspecto interno é que permite se reconheça na espécie a conhecida prerrogativa de autotutela conferida aos órgãos da Administração. Havendo condutas ilegais ou inconvenientes, a ela mesma cabe invalidá-las ou revogá-las. O Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas 346 e 473, já deixou assentada essa possibilidade e bem identificadas as formas de desfazimento”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1020.

²⁵²⁸ “De natureza ‘hierárquica’ são os direitos de controlo e fiscalização, com os quais podem estar ligadas diversas atribuições: o direito de dar instruções particulares para regulamentar o exercício do poder discricionário ou a escolha de uma interpretação da lei (tutela técnica); ou simplesmente o direito de contestar a acção ilegal de funcionários ou instâncias subordinados, por via da tutela jurídica; e ainda o direito de chamar a si próprio a decisão do assunto; finalmente, o direito de analisar uma decisão depois de interposição de recurso, de a anular e de pronunciar uma nova decisão”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. p. 554/5.

E, para encerrar, um pequeno adendo sobre a atual realidade da decisão administrativa vislumbrada em diversos órgãos estatais: Quando se observa as decisões “**administrativas**” apenas sob a ótica do direito fundamental individual, em regra o ordenamento jurídico permite o **controle jurisdicional posterior** pelo Poder Judiciário somente naquelas situações em que houver **negativa** ao direito do postulante, pois, sentindo-se ele lesado, aciona o Poder Judiciário em busca de seu objetivo, tendo em vista que “qualquer **limitação** a direito fundamental só pode ser efetivada pelo Poder Judiciário”. Mas o inverso, em regra, não ocorre; se o pedido é julgado administrativamente **procedente**, mesmo o direito **não** assistindo ao postulante, em praticamente nenhum desses casos há um órgão público competente para fazer a devida fiscalização e igualmente impugnar o desfecho processual perante o Poder Judiciário. A sociedade, assim, sai **lesada**, sem que isso tenha gerado a devida perplexidade ao ponto de ensejar uma substancial modificação nos procedimentos ortodoxamente existentes no arcabouço estatal.

E nessa esfera, quando os incontáveis pedidos individuais são deferidos indevidamente – mediante fraude –, como anteriormente abordado na pesquisa, não se estaria também, por via reflexa, a **limitar** socialmente o mesmo **direito** a outros postulantes, tendo em vista que esses direitos são **finitos**? Somente pela ótica individual é que eles precisariam ser controlados pelo Poder Judiciário? Dessa forma, coíbe-se o menor, “individual”, mas se permite o maior, “coletivo”? *A contrario sensu*, não seria mais conveniente sob ambas as óticas tornar essas decisões hoje consideradas “administrativas” devidamente “jurisdicionais”, dotadas de incontáveis **exigências** não extensíveis às decisões administrativas, inclusive no tocante ao julgador, de maneira a implementar maior **segurança** e também minimizar as fraudes?

Esse é mais um argumento convergente à Jurisdição Plural e que demonstra a utilidade da transmutação da natureza jurídica da decisão administrativa para a sentença jurisdicional, com a readaptação dos órgãos públicos prestadores de serviço e tomadores de decisão jurídica em sociedade.

9.2 UNIDADE E INDEPENDÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: PERSPECTIVA HISTÓRICA

Apesar da incontestável importância dos elementos jurídicos acima delineados, os quais, por si só, garantiriam uma Jurisdição formalmente independente, eles podem ser unidos a outros **elementos históricos**, notadamente sob o ponto de vista da evolução da **unificação da Jurisdição estatal** e de como ela se desenvolveu em Estado totalitários, para que seja possível diferenciar materialmente esse exercício da Jurisdição, distinguindo o “Órgão Orbital” de um “tribunal de exceção”.²⁵²⁹ Afinal, apesar da independência e imparcialidade poderem ser reconhecidas em outras atividades para além daquelas desenvolvidas dentro do Poder Judiciário, as constituições em geral, inclusive a brasileira²⁵³⁰ e a espanhola²⁵³¹, vedam expressamente a existência de tribunais de exceção, o que, em verdade, constitui um princípio aplicado a qualquer Estado constitucional democrático.

Serão, portanto, inicialmente expostos os indicativos **histórico-evolutivos** do **princípio unificador da Jurisdição**, para posteriormente destacar alguns elementos caracterizadores, tanto dos tribunais de exceção, quanto dos Órgãos Orbitais, que podem ser complementados com as informações dispostas nas primeiras etapas da presente pesquisa.

²⁵²⁹ “*Su inamovilidad y intransferibilidad, su libertad frente a instrucciones, así como otras garantías desarrolladas como ‘derechos fundamentales judiciales’, como el derecho de audiencia, la protección judicial efectiva, la prohibición de los tribunales especiales, los principios de ‘nulla poena sine lege’ y ‘ne bis in idem’, así como el de publicidad, son elementos indispensables para hacer realidad al ‘Estado constitucional’ como tal*”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 211.

²⁵³⁰ “Art 5º. XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção”. BRASIL. Constituição da República Federativa.

²⁵³¹ Artigo 117. [...] 6. Proíbem-se os Tribunais de exceção. ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

9.2.1 Unidade da Jurisdição estatal: percepção histórica

O Estado moderno constitucional emergiu com a retirada da Jurisdição das mãos do soberano para possibilitar a tripartição entre os poderes.²⁵³² O Judiciário, nas palavras de Montesquieu e sob a ótica europeia, nasceu como um Poder nulo, mero repetidor da letra da lei – boca da lei. Ao Judiciário, de acordo com a interpretação francesa da teoria no decorrer do Estado liberal, não era permitido se imiscuir nas questões administrativas do Estado – direito administrativo –, por isso a sua competência se limitava à análise do direito civil e do direito penal.

Assim, ainda no início da formação e desenvolvimento do Estado moderno, apesar do monopólio do exercício da Jurisdição passar a ser do Estado, ou seja, em tese terem sido eliminadas as Jurisdições *ad extra*, internamente - *ad intra* - o Estado continuou a conviver com diversos núcleos públicos de julgamento, além do Judiciário, para a tomada da decisão jurídica em sociedade, qualificados, em sentido amplo²⁵³³, como “Jurisdição administrativa”. Eram normalmente tribunais de exceção, por vezes pré-constituídos para também o julgamento de determinadas pessoas (foro privilegiado), ou para o desenvolvimento de políticas sem a interferência do Judiciário na relação entre Estado e particular – em algumas delas a competência era ampla e não se restringia à matéria do “direito público”, sendo existente, por vezes, unicamente em razão da pessoa a ser julgada.

Ainda que a independência do Poder Judiciário seja algo relativamente recente²⁵³⁴, muito mais próxima do século XXI do que da Revolução Francesa, a partir da adoção da tripartição este Poder sempre contou com certo grau de autonomia ao ponto de lhe proporcionar, ao menos teoricamente, independência e imparcialidade. Em contrapartida, as jurisdições administrativas historicamente não

²⁵³² “É que a nova ordem, para ter legitimidade, necessitava de instituições que garantissem a segurança, e a separação dos poderes foi fundamental para tanto, desvinculando o Judiciário do Executivo, fato que trouxe a aura de neutralidade ao direito”. MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **Manual de história do direito**. p. 227/8.

²⁵³³ Em sentido amplo, pois, em alguns casos, era competente para julgamento de matéria jurídica além do direito administrativo ou do direito público.

²⁵³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 580.

detinham independência, servindo normalmente aos interesses privados do soberano ou de determinadas castas sociais, além de estarem no exercício de uma função jurisdicional vinculada e submetida ao Poder Executivo – visão piramidal-escalonada, conforme delineado no capítulo 7. Em alguns períodos históricos, os julgadores chegavam a exercer concomitantemente funções executivas e jurisdicionais, pois em regra cumulavam cargos políticos com os cargos jurídicos²⁵³⁵.

Em uma análise perfunctória, esse antigo fenômeno da Jurisdição administrativa se assemelha por vezes ao das atuais Jurisdições especiais existentes dentro do Judiciário, em razão da finalidade jurídica da especialização da matéria, mas diferem, como ressaltado, justamente por estarem situadas dentro da administração estatal e subordinadas ao Executivo, sem poderem contar com juízes independentes.²⁵³⁶

Não bastando constituírem espécie de tribunal de exceção²⁵³⁷ voltados a garantir privilégios, historicamente a Jurisdição administrativa – em sentido amplo – também foi utilizada como atividade repressora do Estado, impossibilitando que eventuais arbítrios, especialmente do Poder Executivo, fossem controlados pelo Judiciário. Possui, assim, uma natureza jurídica deformada, de quebra do monopólio interno para atribuir a Jurisdição a determinados órgãos administrativos, criados e controlados em regra pelo Poder Executivo, em geral para enalçar objetivo escuso

²⁵³⁵ “Porque la primera consecuencia de la independencia judicial es, en el plano de la organización, la neta separación entre órganos administrativos e y órganos judiciales, a diferencia de lo que era común en el Antiguo Régimen, en el que las Reales Audiencias, las Cancillerías y los Alcaedes, dentre otros órganos, desempeñaban simultáneamente funciones jurisdiccionales e funciones administrativas”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 89.

²⁵³⁶ “Cabe calificar como Tribunales especiales aquéllos en los cuales se alteran esas reglas, bien porque se constituyen al margen de la organización judicial y con personal distinto del que es propio de ésta, bien porque se les atribuye el conocimiento de determinados asuntos por razón de las personas o de las cosas, sustrayéndolos al orden jurisdiccional de que se trate. No es necesario que ambas circunstancias se den juntas, sino que cabe que un Tribunal ordinario en cuanto a su integración orgánica tenga atribuido el conocimiento de determinado tipo de asuntos que quedan sustraídos a las reglas propias de competencia de orden de que se trate”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 102.

²⁵³⁷ “Aquéllos que, para alterar esa imparcialidad e independencia o disminuir las garantías procesales, se constituyen con personal juzgador ad hoc, seleccionando según pautas o criterios distintos de los comunes, o se sustraen a la organización común los Juzgados y Tribunales, o se les atribuye el conocimiento de determinado tipo de asuntos en función de características de su objeto, o de las personas, que resultan políticamente relevantes”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 100.

específico, frequentemente de natureza política, antidemocrática e de concentração de Poder.²⁵³⁸

Essa Jurisdição administrativa repressora existiu²⁵³⁹ em praticamente todos os Estados absolutistas europeus, generalizada diante da fórmula de tribunais reais, para a perseguição de inimigos políticos por meio da utilização de procedimentos inquisitivos e secretos, como ocorreu nos Tribunais de Santo Ofício da Inquisição (Jurisdição eclesiástica) - “*en Inglaterra se hizo tristemente célebre la Court of the Star Cammer, o Tribunal de la Cámara Estrellada*”²⁵⁴⁰. A Jurisdição administrativa opressora se repetiu nos Estados totalitários²⁵⁴¹ do século XX – já muito tempo depois da adoção da tripartição de poderes pelos Estados ocidentais.²⁵⁴²

Como característica, as jurisdições administrativas foram criadas por déspotas ou tiranos depois de estarem no Poder, com finalidade unicamente política²⁵⁴³, e de nenhuma forma jurídica – mesmo que por vezes qualificados como “tribunais”²⁵⁴⁴.²⁵⁴⁵ Ainda, essas jurisdições de exceção se situavam acima do sistema

²⁵³⁸ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 89-91.

²⁵³⁹ A Jurisdição administrativa, também denominada especial, existiu em diversos Estados europeus, quando eram observados órgãos com capacidade de tomada de decisão jurídica com força de coisa julgada alheios à estrutura piramidal do Judiciário, mas coexistente com este. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 133.

²⁵⁴⁰ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 91.

²⁵⁴¹ De maneira mais evidente na Itália, Alemanha e Rússia. Mas não foi diferente na Espanha: “*El régimen surgido del golpe militar de 18 de julio de 1936, ha sido ampliamente generoso en la creación de órganos y jurisdicciones. llámase especiales o especializadas, que venían a hacer tabla rasa del principio de unidad jurisdiccional. El camino seguido fue sólo la creación las citadas jurisdicciones especiales, sino también el conferimiento de facultades exorbitantes a la Administración, quedando reducida la Jurisdicción ordinaria a un papel de suplencia. Algún autor como Latour Brontons contabiliza en 1970 quince jurisdicciones de carácter civil e diez penales*”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 181.

²⁵⁴² “*Imbricación que en los sistemas dictatoriales o autoritarios se revela de una forma muy clara, mediante la creación de órganos especiales o excepcionales cuya única finalidad es el servicio al poder político y el control de la disidencia*”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 203.

²⁵⁴³ Exemplo espanhol: *Tribunal de Represión de la Masoneria y el Comunismo*. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 90.

²⁵⁴⁴ “*Junto a esta que pudiéramos llamar jurisdicción judicial - por ser la que corresponde al Poder Judicial - han existido siempre, sin que quepa exceptuar ni un sólo período de nuestra historia, una serie de tribunales ajenos a esa organización, un conjunto informe de órganos dotados de jurisdicción, con el nombre de tribunales u otro cualquiera*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p.135.

²⁵⁴⁵ “[...] aquellos que se crean fuera de la organización regular de los Tribunales, bien ‘ex post facto’,

de justiça ordinário, distante, dessa forma, do Poder Judiciário e do controle desse Poder, podendo, inclusive, avocar seus processos ou desconstituir a coisa julgada.

Havia, além desses tribunais, uma Jurisdição administrativa especial²⁵⁴⁶, por vezes situada fora do arcabouço estatal – *ad extra* –, destinada ao julgamento de determinadas classes de indivíduos – competência pelo foro – em razão da profissão ou *status* social, ou instituições excêntricas existentes para o julgamento de certas matérias que exigissem do julgador conhecimentos específicos. Esses tribunais não pertencentes ao Judiciário iam desde o conjunto de juízes da fazenda do Estado até o foro privilegiado para os funcionários do correio – como ocorria na Espanha, por exemplo. Durante o antigo regime despótico, essa Jurisdição administrativa especial poderia ser considerada “privada” e por isso normalmente estava situada fora do Estado – *ad extra* –, modelo que se perpetuou no decorrer do no seio do próprio aparato estatal constitucional liberal.²⁵⁴⁷

A Jurisdição *ad intra* foi o reflexo da monopolização pelo Estado dessas jurisdições *ad extra*. Após estatizadas, e com a evolução da teoria da tripartição, na maioria das vezes, foram extintas²⁵⁴⁸. Mantiveram-se na atualidade poucas

bien para juzgar a una persona o grupos de personas concretas (y no genéricamente concebidas) y casi siempre con un procedimiento carente de garantías y establecido al efecto. [...] históricamente estos Tribunales de excepción provenían del decisionismo del Ejecutivo, para favorecer sus particulares intereses, en particular en los aspectos políticos y de orden público”. ANDRES IBÁÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 184.

²⁵⁴⁶ Além da Jurisdição ordinária submetida ao monarca e desenvolvida por inúmeros órgãos, havia um segundo corpo integrado pelas jurisdições especiais, dividida tanto em razão da matéria quanto do sujeito. Desde o ponto de vista da especialidade em razão da pessoa, estavam formadas as jurisdições senhoral e eclesiástica. A primeira, a que se encontrava submetida a uma numerosa população majoritariamente morada da zona rural, sendo subtraída a ela qualquer espécie de Jurisdição ordinária para assuntos litigiosos. A segunda, (sobrepota em relação à anterior nos casos dos senhorios eclesiásticos) supunha um aforamento especial não apenas para os eclesiásticos e pessoas a seus serviços, como também para uma série de matérias específicas, contando em todo caso com um aparato judicial próprio encabeçado pela ‘Nunciatura’ e o Tribunal do Santo Ofício. E, entremesclando-se com as anteriores, havia no mínimo a Jurisdição militar em suas variadas concepções. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 17.

²⁵⁴⁷ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 135, 137 e 140

²⁵⁴⁸ “No tocante aos direitos merece especial referência a mudança da situação da Igreja Católica, tradicionalmente muito poderosa, dotada de poder absoluto, extraordinariamente rica e exercendo com intolerância e violência o seu poder, que se estendia, inclusive, ao plano temporal. A Constituição de Cádiz fez desaparecer o Tribunal da Santa Inquisição, instrumento de arbitrariedades, de tortura e corrupção, que durante muito tempo infelicitou a vida do povo espanhol e dos que ali contrariavam os interesses da Igreja Católica

exceções, pois em regra as jurisdições especializadas foram absorvidas pela Jurisdição ordinária. Mas até a unificação, a pluralidade da Jurisdição tomou tamanha proporção que passou a ser praticamente impossível enumerá-la²⁵⁴⁹, com uma exuberância quase selvagem de tribunais e especialmente com abuso²⁵⁵⁰ dos foros privilegiados²⁵⁵¹, havendo, sob a ótica jurisdicional, praticamente Estados dentro de Estados²⁵⁵², introduzidos no organograma estrutural público para arruinar a liberdade civil dos cidadãos²⁵⁵³, conforme preceituou a Constituição espanhola de

ou contestavam os seus privilégios". DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. REB. REVISTA DE ESTUDIOS BRASILEÑOS I SEGUNDO SEMESTRE 2014 I VOLUMEN 1 - NÚMERO 1. p. 81-96. Disponível em: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/125657/REB_2014_vol1_num1_81~96.pdf;jsessionid=5459F36BCCCEBCEF05CBED75C8EAB644?sequence=1. Acesso em: 2 mar. 2020. p. 90-91.

²⁵⁴⁹ "En ell Antiguo Régimen - en el que, por otra parte, no operaba la moderna distinción público-privado con la relativa nitidez con que hoy nos es familiar - la jurisdicción real no se había impuesto o había cedido terreno, frente a las establecidas por estamentos, gremios, corporaciones, etc., a veces dotadas de un ambiguo status semipúblico. Así por ejemplo, ejercían jurisdicción las autoridades universitarias, los prelados y ricos hombres y sus sucesores sobre los pueblos que fundasen (jurisdicción llamada alfonsina), los señores con señorío jurisdiccional, que la tenían en los pueblos de señorío como el rey en los de realengo, la Santa Hermandad, la Mesa, y organizaciones similares - y sobre todo la ejercía la Iglesia - aplicando el derecho canónico o el del Estado - a su vez con una multiplicación de tribunales en su seno en la que existía una llamada jurisdicción eclesiástica ordinaria con las eclesiásticas especiales de la Inquisición, el Tribunal de las Órdenes Militares, la jurisdicción eclesiástica castrense. Aunque notablemente limitado, el fenómeno pervive a lo largo del siglo XIX y en lo que se refiere a la jurisdicción eclesiástica llega hasta nuestros días". OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 136/7.

²⁵⁵⁰ PUY MUÑOZ, Francisco. **Los derechos en el constitucionalismo histórico español**. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002. p. 36.

²⁵⁵¹ "Pero la crítica no tiene tan sólo ese carácter ni si dirige únicamente contra la exuberancia casi selvática de juzgados y tribunales, sino que ataca el principio mismo de la diversidad como algo que debe ser suprimido o reducido al mínimo por ser contrario a los principios que sirven de fundamento al Estado constitucional: además de las razones técnicas, existen otras de raíz política, de signo liberal y democrático que llevan a oponerse a la situación en nombre de la igualdad, de la libertad de los ciudadanos y de las garantías que es preciso tengan frente al poder público". (p. 151) "Una de las principales causas de la mala administración de Justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de libertad civil". OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 151. - esse último consta no preâmbulo da constituição de Cadiz.

²⁵⁵² "El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el ultimo reinado, de tal modo que habia anulado el imperio de las leyes, que caso ácrecia un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos. [...] Esta gran reforma bastará por si sola á restablecer el respecto debido á las leyes y á los tribunales, asegurará sobremanera la recta administracion de justicia, y acabará de una vez con la monstruosa institucion de diversos Estados dentro de un mismo Estado [...]" **Coleccion de Constituciones**: en la que van puestas en castellano las de Francia, Bélgica, Portugal, Brasil, y Estados-Unidos Anglo-Americanos, con la española de 1812 y su discurso preliminar. 2. ed. Madrid: Imprenta del eco del comercio, 1836. p. 161. **Não há autor no texto**.

²⁵⁵³ "Dice sobre ello el Discurso Preliminar: 'la Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados, introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución... Por lo mismo la Comición reduce a uno solo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles e criminales...' lo que restablecerá el 'respecto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobremanera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo Estado'". MUÑOZ MACHADO,

Cádiz, de 1812²⁵⁵⁴.

Ainda com o exemplo espanhol, foi a partir da Constituição de Cádiz que se implementou a separação de poderes de Estado na Espanha, com reflexos no exercício da Jurisdição, de modo que as funções jurisdicionais não poderiam ser exercidas pelo rei, sob nenhum pretexto. Não era permitido, com isso, a avocação de causas ou a reabertura de processos julgados definitivamente, práticas absolutamente comuns até então. Foi ela também que eliminou o foro privilegiado, "*fuelle de la más oprobiosa desigualdad porque permitían diferenciar los derechos de las personas, los procesos y los tribunales juzgadores*", asseverando, em seu artigo 248, que a Jurisdição seria concentrada ordinariamente em relação aos "*negocios comunes, civiles y criminales*".²⁵⁵⁵

A Constituição de Cádiz foi a quarta do mundo – no sentido em que conhecemos política e juridicamente uma constituição –, emergindo depois das Constituições dos Estados Unidos (1787), da França (1791) e da Suécia (1809). Devido a sua importância²⁵⁵⁶, seus influxos ultrapassaram as fronteiras espanholas e o seu modelo foi adotado em Portugal²⁵⁵⁷, no Brasil, na Rússia, na Noruega, no

Santiago. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**. Tomo II: Historia de las instituciones jurídico-administrativas. 4 ed. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 2015. p.107.

²⁵⁵⁴ "A Constituição de Cádiz nasceu, assim, do desejo do povo espanhol de manter sua soberania. De não submeter-se, nunca mais, à direção de nenhuma outra autoridade, nem monárquica, nem republicana". BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812**.

²⁵⁵⁵ "*El artículo 248 de la Constitución estableció, en consecuencia, que 'en los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas'*". MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**. p.107.

²⁵⁵⁶ "Encontra-se também na Constituição de Cádiz um conjunto de direitos de natureza processual, a começar pelo direito de representar à autoridade pública contra infrações constitucionais, o direito ao juiz natural e o direito a um processo público, como também o direito ao habeas-corpus e a afirmação do princípio nulla poena sine previa lege. Também está prevista, como direito de natureza processual, a solução de controvérsias mediante arbitragem, o que só muito recentemente ganhou grande ênfase nas legislações". BEZERRA, Helga Maria Saboia. DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. p 91.

²⁵⁵⁷ "Instituições políticas, não se pode deixar de dizer, que nascem dos trabalhos de uma Corte Constituinte portuguesa cuja formação se assemelha em demasia àquela gaditana, para que se possa evitar buscar nesta a origem daquela. À Constituição de Cádiz cabe, sem dúvida, a autoria do que acaba plasmado na Constituição portuguesa: 'A Constituição de 1822 mantém esta união real luso-brasileira, estabelecendo que a Nação Portuguesa é 'a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios' (art. 20o), e instituindo um sistema complexo de organização do poder' (MIRANDA, 2001, p. 18)". BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812**.

Reino das Duas Sicílias (Piemonte e Sardenha), dentre outros Estados.²⁵⁵⁸

Por isso, a busca pela unidade²⁵⁵⁹ da Jurisdição adquire um verdadeiro sentido quando analisada em sua acepção histórica, em uma luta para que a Jurisdição fosse exercida por juízes, e em princípio estava dirigida a reivindicar a Jurisdição das mãos do rei e, por consequência, dos tribunais de exceção. Objetivava, ainda antes do surgimento do Estado moderno, a desconstituição da justiça real, pautada por privilégios e exceções, assim como também o fim das jurisdições senhoriais.²⁵⁶⁰

A partir do Estado moderno constitucional, a Jurisdição se viu depositada no Judiciário como meio de implementação da separação dos poderes, prestigiando um processo isonômico cercado de garantias, buscando, com isso, especialmente a desapareição das jurisdições denominadas especiais, extraordinárias ou de exceção, senão também que todo o juízo de conhecimento fosse conferido a um corpo único de juízes²⁵⁶¹ dotados de garantias e competências – juiz natural, imparcialidade e devido processo legal – como se observa atualmente, em uma conquista democrática voltada à Jurisdição “judicial” independente. O Estado constitucional buscava, com a separação de poderes, impedir que a função jurisdicional continuasse a ser desenvolvida pelo monarca absoluto, distanciando ela do Poder Executivo.²⁵⁶²

Assim, em razão da natureza dessa espécie de Jurisdição administrativa, por estarem contaminadas em sua origem para a consecução de fins não necessariamente em conformidade ao ordenamento jurídico e por não possuírem

²⁵⁵⁸ BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812.**

²⁵⁵⁹ O princípio da unidade jurisdicional expressa a antiga luta contra a existência de tribunais especiais em prejuízo aos ordinários. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial.** p. 154.

²⁵⁶⁰ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial.** p. 179/180

²⁵⁶¹ “[...] *derecho subjetivo de los individuos al Juez ordinario predeterminado por la ley y con la prohibición de los Tribunales de excepción. [...] la garantía del carácter ordinario del juez significa que no habrá otros Jueces, que serían especiales, a los que se pudiese atribuir el conocimiento de tan sólo algunos asuntos civiles o penales, ni tampoco Jueces para otras ramas distintas del ordenamiento. [...] En resumen, por tanto, el principio de unidad jurisdiccional significaría: a) que no existe más que un tipo de Juez; b) que dicho Jueces es competente para toda clase de asuntos en su instancia y territorio*”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial.** p. 99-100.

²⁵⁶² ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial.** p. 179/180.

julgadores independentes, elas foram abolidas pelas constituições democráticas contemporâneas. Afinal, o monopólio *ad intra* da função jurisdicional exige uma prévia separação entre as funções executivas e jurisdicionais, além da observância do devido processo legal, em todos os seus termos.²⁵⁶³

Por isso, os tribunais especiais, extraordinários ou de exceção são característicos de Estados totalitários, pautados pelo despotismo ou tirania, observados em regra sob a égide de uma ditadura, e a unidade da Jurisdição é assim atualmente defendida diante do que se observou empiricamente no decorrer da história em busca da independência jurisdicional.²⁵⁶⁴ Esses tribunais, como mencionado, foram criados em regra com a finalidade de burlar a Jurisdição ordinária, submetidos ao dirigismo do Executivo e não à lei. Especialmente nas tiranias mais recentes, primeiro se tomava o Poder, e depois, por intermédio desses órgãos de julgamento, aparelhados e ocupados por pessoas do mesmo “corpo”²⁵⁶⁵, dava-se aparência de democracia e de justeza às decisões arbitrárias que de nenhuma forma eram jurídicas.²⁵⁶⁶

Observe-se, nesse campo, a exposição efetuada na primeira parte dessa pesquisa com relação às ditaduras contemporâneas, notadamente as fascista italiana, nazista alemã e comunista soviética, as quais, sob o prisma jurisdicional, em sua essência, por meio de corpo próprio de julgadores de exceção, em nada se

²⁵⁶³ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 89.

²⁵⁶⁴ "Assim como a usurpação consiste em exercer um poder a que um outro tem direito, a tirania consiste em exercer o poder além do direito legítimo, o que a ninguém poderia ser permitido. É isto que ocorre cada vez que alguém faz uso do poder que detém, não para o bem daqueles sobre os quais ele o exerce, mas para sua vantagem pessoal e particular; quando o governante, mesmo autorizado, governa segundo sua vontade, e não segundo as leis, e suas ordens e ações não são dirigidas à preservação das propriedades de seu povo, mas à satisfação de sua própria ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular". [...] Onde termina a lei começa a tirania, desde que a lei seja transgredida em prejuízo de alguém. Toda pessoa investida de uma autoridade que excede o poder a ele conferido pela lei, e faz uso da força que tem sob seu comando para atingir o súdito com aquilo que a lei não permite, deixa de ser um magistrado". LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p.90.

²⁵⁶⁵ "Assim, os príncipes que quiseram tornar-se despóticos sempre começaram por reunir em sua pessoa todas as magistraturas; e vários reis da Europa reuniram todos os grandes cargos de seus Estado. [...] Mas o mal está em que estes diferentes tribunais são formados por magistrados do mesmo corpo, o que constitui um mesmo poder". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. p. 169.

²⁵⁶⁶ ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. p. 180.

diferenciavam daquelas jurisdições extraordinárias ou da forma como eram julgados os processos nas monarquias absolutas.

Apesar de na maior parte dos casos a Jurisdição especial ter sido historicamente constituída como uma forma de perseguição de fins políticos despóticos e tiranos, ou para conceder privilégios a determinadas castas mediante o foro especial para julgamento, com julgadores submetidos à hierarquia e às ordens de superiores no exercício da Jurisdição, carecendo definitivamente de independência, constituindo-se em verdadeiros tribunais de exceção, em outro turno, há jurisdições administrativas especiais compostas por julgadores dotados de independência, submetidos unicamente ao império da lei²⁵⁶⁷, possibilitando um julgamento imparcial e de acordo com o devido processo legal para preservar o direito de quem o postule. Essas hipóteses, por certo mais raras, cuidam de uma verdadeira Jurisdição do Estado, ainda que trate de órgãos alheios ao Poder Judiciário - *“integrado por jueces y magistrados independientes, los podemos denominar tribunales jurisdiccionales no judiciales”*.²⁵⁶⁸ Vide, nesse campo, o modelo francês²⁵⁶⁹ de Jurisdição dual²⁵⁷⁰, e inúmeros outros existentes, inclusive descritos

²⁵⁶⁷ “El fundamento del Estado democrático no es la voluntad popular, sino la ley, el derecho positivo en cuanto se genera a través de determinados procedimientos y se manifiesta en determinadas formas, y la voluntad popular sólo es fundamento indirecto en cuanto lo es de la ley”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 115.

²⁵⁶⁸ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 138.

²⁵⁶⁹ “A jurisdição administrativa julga os litígios entre uma pessoa pública e uma pessoa privada (um particular, uma associação, uma sociedade) ou entre duas pessoas públicas. Esta competência abrange múltiplos domínios, como liberdades públicas, polícia administrativa, tributos, contratos administrativos, função pública, saúde pública, concorrência, direito ambiental, organização territorial e urbanismo. Escalão supremo da ordem jurisdicional administrativa, o Conselho de Estado é organismo essencial na relação entre os cidadãos e os poderes públicos. Apenas o juiz administrativo pode anular ou reformar as decisões tomadas pelas autoridades que exercem o poder executivo, as administrações centrais ou descentralizadas e seus agentes, as coletividades territoriais ou os órgãos públicos situados sob sua autoridade ou sua tutela. Neste contexto em que se encontram em jogo questões políticas e sociais de alta relevância, o contencioso administrativo aumentou cerca de 10% anuais nos últimos anos”. FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar**.

²⁵⁷⁰ “A França se inclui entre os países que adotam o sistema de dualidade de jurisdição e ostenta duas categorias jurisdicionais paralelas: a judiciária, exercida pelos tribunais ordinários, integrados por magistrados que se pronunciam sobre matéria civil, penal, comercial e trabalhista, e a administrativa, que dirime os litígios entre os cidadãos e as autoridades administrativas. Os tribunais judiciários são organizados segundo uma hierarquia em cujo ápice se situa a Corte de Cassação. Da mesma forma, os tribunais administrativos são submetidos ao controle de uma Corte Suprema: é o Conselho de Estado que se apresenta, ao mesmo tempo, como tribunal de primeira e última instância para questões mais importantes, tribunal de apelação dos tribunais administrativos regionais e tribunal de cassação de numerosas jurisdições administrativas especializadas”.

na presente pesquisa.

Por isso, a criação de tribunais especiais para o enfrentamento de determinadas matérias nem sempre pode ser considerada como de exceção, notadamente quando por ele se garantam direitos aos cidadãos, e não os vulnere, e ao mesmo tempo se preserve a independência do julgador e a separação entre os poderes.

O princípio da unidade jurisdicional²⁵⁷¹ não importa, assim, em somente destacar os órgãos estatais considerados jurisdicionais, mas também que seja garantido ao julgador a independência de julgamento e o devido processo legal aos cidadãos para lhes assegurar os direitos previstos no ordenamento jurídico. Desse modo, nem todo tribunal “não-ordinário” ou especial é considerado de exceção, senão apenas e somente aqueles que são constituídos para alterar o sistema de garantias da Jurisdição. Nem sempre os tribunais constituídos à margem do Judiciário estarão à margem da constituição do Estado. Por isso, mesmo não integrando o Poder Judiciário, pode haver juízes e tribunais especializados compatíveis com a unidade jurisdicional estatal para tratar de determinados temas jurídicos, criados com critérios e por razões técnicas e jurídicas, e não políticas.²⁵⁷²

Sob a perspectiva histórica, são diversas as notas diferenciadoras dessa espécie de Jurisdição de exceção com relação aos Órgãos Orbitais.²⁵⁷³ A Jurisdição

GAZIER, François. **A experiência do Conselho de Estado francês**. p. 64.

²⁵⁷¹ “Unidad y exclusividad de la Jurisdicción no pueden considerarse como compartimentos estancos, como principios regulativos independientes, sino que tienen una clara conexión y en realidad la unidad queda embebida en la exclusividad, viniendo a constituir lo que Karl Lowenstein denomina ‘monopolio judicial de los Tribunales’”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 155.

²⁵⁷² OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 102/3

²⁵⁷³ “Son diversas las razones de tipo subjetivo y objetivo que determinan la clasificación de los Tribunales, ya que se puede a origen de la autoridad que ejercen, al estatuto jurídico de que disfrutan las personas que ejercen las funciones jurisdiccionales, a la composición del personal actuante, al número de personas que los integran, a los asuntos que les están atribuidos o la amplitud de la Jurisdicción que ejercen. Pero al margen de cualquier clasificación teórica, que nunca servirá para determinar de un modo completo la verdadera naturaleza del órgano jurisdiccional que se pretenda clasificar, lo que importa señalar es que esa pluralidad de órganos a los que genéricamente se atribuye la potestad jurisdiccional, reclama el establecimiento de unos criterios de atribución, de unas reglas de competencia, mediante los cuales se determine en forma concreta a qué órgano de

Plural, criada sob a égide da democracia, busca a solução de conflitos sociais por meio de decisões jurídicas, sem privilégios a nenhuma pessoa ou coisa, a ser dotada de julgadores independentes não vinculados ao Executivo e submetidos unicamente ao império da lei²⁵⁷⁴, de modo absolutamente distinto do que ocorre com os tribunais de exceção.

9.2.2 Elementos histórico-distintivos: tribunal de exceção vs. Órgão Orbital

Conforme delineado acima, ainda em meados do século XIX, observava-se nos Estados modernos recém criados uma grande confusão no organograma judicial, com a sobreposição de jurisdições, a frequente utilização da avocação e da delegação de competência, retirando o processo de uma corte e remetendo a outra, assim como a relativa e flutuante mescla entre a administração e o contencioso além do grande número de jurisdições especiais, fazendo do aparato de justiça um magma que, ainda que funcionasse em um antigo sistema estamental pré-moderno, resultava incompatível com qualquer aspiração racionalizadora liberal, tornando difícil, senão impossível, qualquer previsibilidade do funcionamento judicial.²⁵⁷⁵

A multiplicidade de jurisdições ensejava o desenvolvimento de funções estatais administrativas com o mesmo caráter da função judiciária paralelamente à Jurisdição ordinária do Poder Judiciário, que em regra conta com juízes independentes, sujeitos apenas ao império da lei, e não às ordens e instruções de órgãos judiciários ou administrativos superiores. Em outro norte, a grande parte dessas autoridades administrativas dotadas de parcela da Jurisdição do Estado nunca contou com independência, pois estruturadas para um funcionamento hierarquizado e voltado à finalidade nem sempre jurídica, acarretando a obrigatoriedade desses órgãos administrativos seguirem os comandos dos órgãos

los existentes se confiere competencia para el conocimiento y decisión sobre el conflicto planteado". ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 205.

²⁵⁷⁴ "En relación a ellos hay que hablar de jurisdicciones no judiciales, no integradas en el poder judicial, si bien sus jueces están sujetos a las mismas exigencias", submetidos unicamente ao império da lei, gozando da mesma independência e inamovibilidade dos juízes. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 55.

²⁵⁷⁵ APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 13-16.

superiores, normalmente ditados pelo chefe do Executivo.²⁵⁷⁶

Essa ausência de independência existente nos tribunais de exceção, incluindo no conceito o abuso dos foros privilegiados, foi justamente a mola propulsora da luta pela unificação das jurisdições, mas, como indicado acima, nem sempre os tribunais não situados na estrutura do Poder Judiciário carecem de independência para o julgamento das causas a eles submetidas – situação igualmente enfrentada na primeira etapa desse capítulo quando tratou da independência funcional e expôs o entendimento do TEDH e da CIDH sobre o conceito operacional da categoria “tribunal”.

A tabela abaixo, elaborada com lastro nessa observação da história do Estado e da Jurisdição, desenvolvida também nas primeiras partes da presente pesquisa, traz um comparativo no qual é possível identificar características elementares para reconhecer um “tribunal de exceção” e, ao mesmo tempo, pressupostos aptos a legitimar²⁵⁷⁷ a atuação de um “Órgão Orbital”, notadamente sob a ótica da independência.

Por certo que essas características relacionadas não pretendem, e nem podem esgotar o tema. São apenas notas complementares, empiricamente destacadas, que devem se somar às exigências tradicionais para o reconhecimento da independência, conforme anteriormente delineado no presente capítulo.

Certamente, cada uma dessas características possui densidades diferentes em cada Estado e também devem ser verificadas em confrontação à cultura de cada sociedade. Um ou outro elemento isolado não necessariamente

²⁵⁷⁶ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 393.

²⁵⁷⁷ Conforme ensina Otto, a legitimação dos atos jurisdicionais requer que sejam ditados por juízes independentes, isto é, por órgãos do ordenamento jurídico cuja função seja precisamente a de garantir seu cumprimento e não perseguir outros interesses, ainda quando estes estejam tutelados pelo próprio ordenamento jurídico. [...] A consequência básica disso é a exigência de dotar independência ao juiz: se do que se trata é a legitimação da aplicação de modo irrevogável do direito, é imperioso que o órgão que o faça esteja desvinculado de todo interesse e em concreto que seja independente dos demais órgãos - Poderes - do Estado que podem perseguir interesses determinados. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 33.

ensejará o reconhecimento de um tribunal de exceção, e vice-versa – também não será determinante para asseverar se tratar de um Órgão Orbital. Somente a junção e avaliação dos elementos na situação concreta poderá fornecer a resposta.²⁵⁷⁸

Igualmente, não se pode olvidar, nesse campo, que esses órgãos adequadamente Orbitais devem estar afastados da “esfera governamental do decidível”, para que possam efetivamente desenvolver função de “garantia”, como afirmado por Ferrajoli, permitindo, a partir de todo esse conjunto, tornarem-se “instâncias independentes”, com natureza jurídica semelhante a dos tribunais sob a ótica da independência, de acordo com o afirmado por Häberle; também devem se limitar ao exercício do “Poder burocrático” (vide capítulo 7), sem invadir especialmente a reserva do Judiciário (conforme exposto no capítulo 8).

Essas informações históricas, que servirão como sucinto comparativo, podem ser divididas, em sentido amplo, nas características objetivas a serem avaliadas no órgão julgador (**órgão**), na finalidade da criação do órgão (**finalidade**) e nas regras processuais nele aplicadas (**processo**).

²⁵⁷⁸ De todo modo, poucas características são suficientes para caracterizar um tribunal de exceção; em contrapartida, para caracterizar um Órgão Orbital é necessário que diversos elementos, quase a totalidade deles, esteja presente.

GRÁFICO 12: Tribunal de exceção vs. Órgão Orbital

TRIBUNAL DE EXCEÇÃO	ÓRGÃO ORBITAL
ÓRGÃO	
Estado totalitário	Estado democrático
Poder político concentrado	Separação de Poderes
Ausência de previsão constitucional	Previsão constitucional
Criado pelo Executivo	Criado pelo Legislativo
Subordinado ao Executivo (piramidal)	Adequado ao ordenamento jurídico
Dependente	Orbital independente
Criado <i>ex post facto</i> e <i>ad personam</i>	Criado <i>ex ante facto</i> e <i>ad facto</i>
Caráter temporário ou permanente	Caráter permanente
Situado acima do sistema de justiça	Situado dentro do sistema de justiça
Ausência de fiscalização	Fiscalização plena
Ausência de mecanismos de controle	Mecanismos de controle
Cargos preenchidos politicamente	Cargos preenchidos por concurso
Ausência de estatutos próprios	Existência de estatutos próprios
Acesso limitado	Acesso pleno
FINALIDADE	
Exercício de Poder político relevante	Exercício de Poder burocrático
Compromisso político	Compromisso jurídico
Finalidade político-partidário	Solução de conflitos jurídicos
Dimensões política e jurídica	Dimensão social da Jurisdição
Imposição ideológica	Serviço público
Atender interesse particular	Atender interesse público
Concentração de Poder	Adequação de competências
Governamental	Garantia e efetivação de direitos
PROCESSO	
Ausência de garantias processuais	Garantias processuais
Ausência do devido processo	Devido processo legal
Regras impostas pelo julgador	Regras derivadas da lei
Procedimento instável/imprevisível	Procedimento estável/previsível
Sigiloso	Público
Inquisitivo	Acusatório
Ausência de juiz natural	Juiz natural
Comp. direcionada/selecionada	Competência adequada
Impositivo	Dispositivo
Inversão do ônus da prova	Distribuição do ônus da prova
Ausência de contraditório	Contraditório
Defesa limitada	Plenitude de defesa
Parcialidade processual	Isonomia processual
Unilateralidade procedimental	Triangulação procedimental
Avocação/delegação	Vedação de avocação/delegação
Ausência de imunização da decisão	Coisa julgada
Ausência de motivação legítima	Fundamentação fático-jurídica
Insegurança jurídica	Segurança jurídica

A primeira nota diferenciadora entre um tribunal de exceção e um Órgão Orbital, as quais principiam pelas características objetivas do órgão, está na **origem** do Estado que o criou²⁵⁷⁹. Para que um órgão estatal acessório “administrativo-burocrático” não pertencente ao Poder Judiciário possa ser considerado jurisdicional, é imperativo que no momento de sua criação o Estado atravessasse um *regime político democrático*, e não totalitário, e também que as leis sejam ambientadas em um *locus* e momento democráticos²⁵⁸⁰.

Por mais que haja um discurso de independência em tribunais criados sob os auspícios da tirania, isso não passaria de um engodo para legitimar as decisões políticas, disfarçadas de jurídicas, tendentes à perseguir quem se opusesse ao sistema, como amplamente verificado nos regimes²⁵⁸¹ fascista, nazista e comunista^{2582, 2583}. O simples fato deles serem criados em regimes autoritários os desnaturalizam, pois a democracia nesses regimes é apenas uma cortina de fumaça para legitimar a ditadura em um Estado que não observa a separação entre os

²⁵⁷⁹ “Art. 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789.

²⁵⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina. p. 98-100.

²⁵⁸¹ Os tribunais de exceção nos Estados totalitários são consequência, e não causa do regime tirano e despótico. “Na prática, pouco importa que os movimentos totalitários adotem os padrões do nazismo ou do bolchevismo, que organizem as massas em nome de classes ou de raças, ou que pretendam seguir as leis da vida e da natureza ou as da dialética e da economia. A indiferença em relação aos negócios públicos e a neutralidade em questões de política não são, por si, causas suficientes para o surgimento de movimentos totalitários. A sociedade competitiva de consumo criada pela burguesia gerou apatia, e até mesmo hostilidade, em relação à vida pública, não apenas entre as camadas sociais exploradas e excluídas da participação ativa no governo do país, mas acima de tudo entre a sua própria classe”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. p.39, citando Hannah Arendt.

²⁵⁸² “Visto desde el punto de vista histórico y comparativo, la acumulación de poderes (‘concentración de poderes’) es el temido modelo contrario: se ha practicado tanto en el marxismo-leninismo y su ideología del centralismo socia-lista (‘legalidad socialista’), también en la ‘parcialidad del derecho’, como en el nacionalsocialismo alemán (‘principio del Führer’, el ‘mandato secreto del Führer’ como fuente suprema del derecho). También el gobierno del SED (Partido Socialista Unificado) en la República Democrática Alemana produjo perversiones aleccionadoras bajo la forma de la orden de disparar (secreta) junto al ‘muro’ o la frontera alemana interna hasta 1989”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 195.

²⁵⁸³ “Dentro das ditaduras de partido, as eleições e plebiscitos têm como único propósito dissimular o fato da ditadura. Mesmo os ‘soviets’ (conselho de camponeses e soldados) bolchevistas e as ‘corporações’ (autorizadas a representar vários grupos de trabalhadores e empregadores) fascistas – organizações que têm como objetivo uma espécie de representação funcional – possuem uma importância antes ideológica que política”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 432.

poderes, as garantias e os direitos fundamentais.²⁵⁸⁴

Os tribunais criados durante Estados totalitários devem ser considerados, em seu conjunto, tribunais de exceção. Os tribunais de exceção são instrumentos de terror criados para alterar a imparcialidade e a independência do julgador ou para diminuir as garantias processuais do cidadão, quando são selecionadas determinadas matérias, coisas ou pessoas para se submeterem a julgamento com critérios diferenciados. Nesses tribunais as regras de julgamento são modificadas e não há observância do devido processo legal. Estão eles situados à margem da organização judicial ordinária, normalmente acima do Poder Judiciário – podem também carregar o nome de “Judiciário”, mas não deixarão de ser “de exceção” –, impossibilitando a fiscalização e o controle de suas decisões. Eles servem a interesses políticos, e não jurídicos, seja para prejudicar ou beneficiar quem quer que esteja sendo julgado.

Aliado à democracia, os Órgãos Orbitais precisam ter também **previsão constitucional** para o seu respectivo funcionamento, pois, no Estado constitucional, “há somente *competências* delimitadas pelo Direito Constitucional vigente. O poder estatal está dividido em órgãos e cada órgão tem somente o poder jurídico que lhe foi conferido pela ordem constitucional”²⁵⁸⁵.

É o caso, por exemplo, da atual Constituição da Espanha, que, diferenciando os respectivos órgãos, proíbe os tribunais de exceção (117.6²⁵⁸⁶), enquanto permite a coexistência dos tribunais consuetudinários e tradicionais com o Poder Judiciário (125²⁵⁸⁷). Dessa forma, a constituição espanhola prevê

²⁵⁸⁴ “A Constituição não pode impedir o terror, se estiver submetida ao princípio da soberania, em vez de à divisão de poderes, garantindo, assim, as condições institucionais da *Rule of Law* (p. 179). [...] O problema não estava na falta de moral e de razão do soberano, e sim, na falta de divisão de poderes e, com isso, de validade dos Direitos Humanos” (p. 180). KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 179-180. Trantando, na segunda parte da citação, do comunismo.

²⁵⁸⁵ KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 171.

²⁵⁸⁶ “Artigo 117. [...] . Proíbem-se os Tribunais de exceção”. ESPANHA. **Constituição espanhola**.

²⁵⁸⁷ “Artigo 125. Os cidadãos poderão exercer a acção popular e participar na Administração de Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e em relação aos processos penais que a lei

expressamente a existência de Órgãos Orbitais, *ad extra* ou *ad intra*, asseverando constitucionalmente que não são tribunais de exceção, superando antigo dogma a ser combatido sobre a impossibilidade de existência de tribunal jurisdicional legítimo fora do Judiciário – e até mesmo do Estado.

Assim, a criação de Órgãos Orbitais deve estar previamente descrita na constituição²⁵⁸⁸ porque no Estado constitucional democrático existe uma ampla soberania para ações políticas, mas apenas nos exatos termos da constituição.²⁵⁸⁹ Observando esses comandos constitucionais, o Estado tem a prerrogativa de operacionalizar toda e qualquer tarefa, como elemento conceitual do próprio Poder público decorrente da largura do espectro da atividade estatal.²⁵⁹⁰

Essa previsibilidade constitucional deve ser amplamente debatida pelo constituinte originário²⁵⁹¹, mas nada impede que, pautado pela democracia e pelo conjunto normativo maior, a constituição de um Estado seja emendada pelo constituinte derivado para contemplar a existência de Órgãos Orbitais. Não há prejuízo, também, que a própria constituição relegue à lei ordinária o disciplinamento do Órgão, inclusive no tocante à competência, mas desde que essa atividade subsidiária seja realizada por lei pelos representantes eleitos pelo povo que integram

determine, assim como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais”. ESPANHA. **Constituição espanhola**.

²⁵⁸⁸ “A norma superior deve, pelo menos, determinar o órgão pelo qual a norma inferior tem de ser criada”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 195.

²⁵⁸⁹ Não é constitucionalmente lícito, portanto, atribuir o Poder jurisdicional a juízes alheios à organização Judicial, nem mesmo que se tratasse de juízes altamente independentes e inamovíveis, salvo se a própria constituição prever expressamente a exceção. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 164.

²⁵⁹⁰ “Com outras palavras: o Estado tem uma ampla soberania de atribuições apenas nos termos da constituição. Ele não tem uma plenitude de competência, pois ele só pode agir nos termos da constituição. No entanto, dentro desses termos, ele tem a prerrogativa de entregar-se a toda e qualquer tarefa. Logo, a soberania das atribuições não repousa sobre uma competência atribuída, mas é sim um elemento conceitual do poder público. Ela não necessita de uma fundamentação especial através de regra jurídica, pelo contrário, a sua delimitação necessita de uma tal regra jurídica. Disso decorre a largura do espectro da atividade estatal”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 119.

²⁵⁹¹ “[...] no estado Constitucional não há soberano. Além disso: o poder constituinte do povo é, de fato, o poder indiviso, incondicional, ilimitado de transpor e criar o Direito. Assim se justifica falar de soberania popular. [...] o poder constituinte do povo se esgota, no melhor dos casos, em dois atos: na escolha dos representantes na Assembleia Nacional constituinte e na aclamação plebiscitária do projeto que lhe foi apresentado”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 171/2.

o Poder Legislativo²⁵⁹² do Estado.²⁵⁹³

A conformação, dentro do possível, às leis decretadas pelo Poder Legislativo é um imperativo a ser observado em todos os setores públicos; “se a legislação é democrática, ou seja, se ela expressa a vontade do povo, então, quanto mais a execução corresponder ao postulado de legalidade, mais democrática ela será”.²⁵⁹⁴ Por isso, não poderia o Poder Executivo instituir Órgãos Orbitais²⁵⁹⁵. Mas, de qualquer forma, sem previsão constitucional, disciplinada em uma constituição rígida²⁵⁹⁶, o órgão julgador deve ser considerado um tribunal de exceção, mesmo que autorizado pela legislação ordinária.

Não obstante em um democracia moderna os órgãos públicos, nesses incluídos os poderes de Estado, poderem atuar apenas com base em uma autorização jurídica positiva, as proibições constitucionais dirigidas a esses órgãos estatais são justificadas não apenas para restringir a competência anteriormente conferida a eles, mas especialmente para dificultar a ampliação da suas respectivas competências no que diz respeito a certos atos²⁵⁹⁷, no presente caso, limitar

²⁵⁹² “La frase ‘establecido por la ley’ abarca no sólo la base legal para la existencia de un ‘tribunal’, sino también la composición del grupo juzgador en cada caso (Buscarini contra San Marino (diciembre), núm. 31657/96, 04 de mayo 2000, y Posokhov contra Rusia, no. 63486/00, ap. 39, TEDH 2003-IV). La práctica de la renovación tácita del mandato de los jueces por un período indefinido después de la expiración de la duración de su mandato establecida por la ley se entiende que violar el principio de ‘un tribunal establecido por la ley’ (Gurov contra Moldavia, no 36455/02, aps. 37-39, 11 de julio de 2006)”. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Oleksandr Volkov vs. Ucrania**. Estrasburgo: 30 maio 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1J2UjHc>. Acesso em: março 2020.

²⁵⁹³ Na Espanha, a exclusão das jurisdições não estatais com o consequente monopólio ad extra não se extrai da literalidade da redação da constituição, pois ela outorga à legislação ordinária a definição da competência dos órgãos que exercerão a Jurisdição. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 85.

²⁵⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 427.

²⁵⁹⁵ [...] históricamente estos Tribunales de excepción provenían del decisionismo del Ejecutivo, para favorecer sus particulares intereses, en particular en los aspectos políticos y de orden público”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 184.

²⁵⁹⁶ Esta primeira condição não requer muitos comentários. A distinção entre constituição rígida e constituição flexível é notória. Uma constituição é rígida quando, em primeiro lugar, é escrita; em segundo lugar, está protegida, ou garantida, contra a legislação ordinária, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas, modificadas ou ab-rogadas se não por meio de um procedimento especial de revisão constitucional. GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 50/1.

²⁵⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 378.

eventual arbitrariedade na criação de órgãos jurisdicionais com características de tribunais de exceção²⁵⁹⁸.

O propósito da instituição de Órgãos Orbitais a partir de uma autorização constitucional com posterior delimitação por diversos e variados representantes do povo no Poder Legislativo, situados eles na defesa das maiorias ou minorias, na representatividade da esquerda ou direita, dentre outras posições políticas, tem o preciso objetivo de impedir que os órgãos do Poder Executivo sejam aleatoriamente elegidos, por meio de decreto do chefe do Executivo ou outra normativa que o valha, a exercer a Jurisdição, “ultrapassando os limites da esfera de interesse determinada pela ‘liberdade’ ou ‘direito’”. Sem autorização por lei, eles simplesmente não podem atuar”.²⁵⁹⁹

Dessa forma, a lei dará os contornos de atuação do Órgão Orbital. E é à lei que o julgador deverá obediência, e não ao chefe do Poder Executivo – submissão à lei, e não ao rei –²⁶⁰⁰, impedindo o exercício de dominação e a sedimentação de eventual posicionamento do governante acima dos governados na tentativa de reinverter a atual ordem de cidadão, impondo a este a qualidade de súdito, como ocorria em regimes despóticos e, igualmente, nos regimes totalitários.²⁶⁰¹

²⁵⁹⁸ “Con ello llegamos a un nuevo matriz sobre la naturaleza orgánica de la Administración de Justicia en nuestro liberalismo, a raíz mismo de su nacimiento: el de la inestabilidad en el cargo que reforzaba, a su vez, la dependencia, cuando no el engarce, con el Poder ejecutivo. Y como quiera que ese liberalismo se va a desarrollar alrededor de la tensión (entre otras muchas) de la representación nacional-Congreso con el Monarca, el aparato judicial se identificará con éste último”. APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. p. 34.

²⁵⁹⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 378/9.

²⁶⁰⁰ “Si la jurisdicción se encomienda a jueces no es por ninguna característica esencial del aquélla, sino por exigências prácticas, por la necesidad de asegurar ciertas bases de la eficacia del ordenamiento jurídico. [...] es preciso que el acto jurisdiccional no tenga otro fundamento que el propio ordenamiento jurídico, que no derive de un ‘poder’ sino de la ley, que no esté presidido por más interés que el de asegurar la observancia de ésta, que sea fruto de criterios y de procedimientos reglados”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 32.

²⁶⁰¹ “Um indivíduo atua como órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida. Esta é a diferença ente o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, ou seja, entre o indivíduo que não funciona como órgão do Estado e o indivíduo que atua como órgão do Estado. Um indivíduo que não funciona como órgão do Estado tem permissão para fazer qualquer coisa que a ordem jurídica não o tenha proibido de fazer, ao passo

Afinal, o elemento que caracteriza o Estado constitucional é a habilitação jurídica do Poder político com o objetivo de eliminação do uso arbitrário desse Poder em razão da sedução que poderia existir diante da delegação de competências a um único indivíduo – governante –, como, por exemplo, na possibilidade individual de criar tribunais jurisdicionais.²⁶⁰² Foi exatamente nessa perspectiva que o Estado moderno deixou de ser um Estado absoluto e totalitário para se solidificar em um Estado constitucional, sob a égide da **legalidade**, em uma “guinada histórica relevante: a transição do poder das pessoas para o poder das leis”.²⁶⁰³

Os Órgãos Orbitais também precisam ser **criados antes do fato** – *ex ante facto* –, e não depois do fato – *ex post facto*.²⁶⁰⁴ Por certo que não se quer dizer que o constituinte deva prever a ocorrência de conflitos sociais ainda não existentes, ou que seja impossível atribuir competência para Órgãos Orbitais de matérias já enfrentadas ordinariamente por outros órgãos públicos, incluindo nesse rol o Poder Judiciário. O fato, aqui, deve ser encarado como a circunstância que originaria o julgamento – a “causa de pedir” –, e a matéria a ser julgada pelo Órgão Orbital ter sido previamente debatida pelo parlamento e haver justificativa suficiente para a atribuição da competência – limitada, por certo, à “dimensão social da Jurisdição” (vide capítulo 8).²⁶⁰⁵

Da mesma forma, a competência do Órgão Orbital deve ser definida a partir dos fatos (*ad factum*), genericamente, e não da pessoa (*ad personam*), concreta e individualmente.²⁶⁰⁶ Eventuais foros privilegiados, necessários ao bom

que o Estado, isto é, um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que a ordem jurídica o autoriza a fazer”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 376.

²⁶⁰² “Por fim, em quarto lugar, porque a afirmação do Estado de Direito assegurou a inversão das relações entre governantes e governados, a ponto de tornar o súdito um cidadão. A obrigação política entre governantes e governados, a partir daí, passa a equacionar-se pela atribuição prioritária de deveres para os governantes e, inversamente, pelo reconhecimento de direitos ao indivíduo”. RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**. p. 205.

²⁶⁰³ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. p. 49.

²⁶⁰⁴ “O princípio do juiz natural impõe [...] que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 545.

²⁶⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 22.

²⁶⁰⁶ “[...] aquellos que se crean fuera de la organización regular de los Tribunales, bien ‘*ex post facto*’,

desenvolvimento da democracia, instituídos em favor da independência do cargo e não como privilégio à pessoa, poderão continuar existindo, mas perante o Poder Judiciário, e não nos Orbitais.²⁶⁰⁷

Os tribunais de exceção, em algumas hipóteses, podem deter caráter temporário, criados apenas para a finalidade exclusiva de julgamento de determinadas situações. Podem, porém, ser criados de modo permanente. Contudo, os Órgãos Orbitais serão sempre criados para o exercício da Jurisdição de modo **permanente**. Um órgão *ad hoc intra* temporário é sempre um tribunal de exceção – não se está tratando de casos excepcionais, como os tribunais de guerra na esfera internacional.

Outra característica dos tribunais de exceção é estarem posicionados no arcabouço estatal acima do Poder Judiciário, por vezes avocando processos dos juízes naturais e de nenhuma forma se submetendo ao substancial controle fiscalizatório estatal – como os derivados do Ministério Público ou *ombudsman*, ou pela sociedade civil, como a imprensa, ou submetidos à análise posterior de juízes independentes.²⁶⁰⁸ Isso impede, por decorrência, a existência de mecanismos de controle jurídicos sobre as respectivas atuações – não necessariamente sobre o mérito da decisão, mas ausência total de controle também sobre os membros e as suas atividades, que conteriam conotação de “irresponsabilidade”, como se verificava no antigo regime despótico monárquico com relação ao “soberano”.

bien para juzgar a una persona o grupos de personas concretas (y no genéricamente concebidas) y casi siempre con un procedimiento carente de garantías y establecido al efecto”. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. p. 184.

²⁶⁰⁷ “[...] la desigualdad que implica el privilegio del fuero”. (p. 154). “[...] fueros privilegiados por lo que tienen de atentado a la igualdad”. (p. 155). “La cuestión del fuero privilegiado sin duda alguna la de la imparcialidad del juez. (p. 155). “[...] cuando sólo una de las partes disfrutase del derecho a ser juzgado por sus iguales” (p. 155). OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**.

²⁶⁰⁸ “Esta separación, sin embargo, no se impone en el primer constitucionalismo de un modo general, y aún posteriormente ha venido sufriendo importantes quiebras, pues la Administración ha pretendido mantener en ciertas materias una potestad jurisdiccional sustrayendo su conocimiento a los Juzgados y Tribunales, a veces para conservar un poder represor en ciertos asuntos, otras con el designio de impedir que los litigios entre la Administración y los particulares sean resueltos por jueces independientes de aquélla; en definitiva para sustraerse al control judicial”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 89.

Em contrapartida, os Órgãos Orbitais devem obrigatoriamente estar situados na estrutura estatal distante do Poder político relevante, de maneira orbitalmente adequada, no exercício do **Poder burocrático** – e nunca do Poder político, notadamente na esfera do “governo” – ou seja, dentro do sistema de justiça do Estado. Enquanto, de um lado, suas decisões fazem coisa julgada, não tendo ordinariamente o mérito controlado pelo Judiciário, a atividade dos seus membros em geral sofre o mesmo **controle** a que são submetidos os juízes, nas esferas administrativa, civil e penal, assim como sobre eventuais declarações de nulidade e inexistência do ato jurídico decorrentes da sentença – conforme abordado anteriormente.²⁶⁰⁹

Afinal, não se pode ignorar, por certo, a diferença que existe entre o Poder Executivo irresponsável, como era o caso dos governos nas primeiras monarquias constitucionais, com os atuais governos submetidos a múltiplos controles, não apenas interno, como um órgão de fiscalização como o Ministério Público, mas especialmente de controle popular por meio da opinião pública diante da transparência e acesso à informação.²⁶¹⁰

Com relação ao preenchimento dos **cargos** dos julgadores, observava-se nos regimes despóticos que “os juízes e os funcionários administrativos costumavam ser nomeados pelo monarca²⁶¹¹”, o que afetava a independência para o julgamento e foi fator preponderante para a busca pela unificação das jurisdições.²⁶¹²

Além da necessidade de unificação das diversas jurisdições existentes com o surgimento do Estado moderno, historicamente debatia-se já naquela época o

²⁶⁰⁹ “No Estado de Direito torna-se, além disso, em grande parte supérfluo o direito de resistência contra atos do Estado legalmente irregulares, porque o súdito ou subordinado a quem afetam pode, em geral, proteger contra eles valendo-se de meios jurídicos”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 271.

²⁶¹⁰ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 62.

²⁶¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 429.

²⁶¹² “Hasta la Constitución de 1869 y la LOPJ del año siguiente los jueces y magistrados eran nombrados y separados libremente por el Rey - por el gobierno - de modo que no había ninguna independencia ni inamovilidad que obligara a apartar las causas del juez ordinario para llevarlas a otro más dócil. Un planteamiento tal sólo es posible a partir de la LOPJ de 1870 en cuanto ésta empieza a sentar las bases de esa independencia al menos en los escalones inferiores de la organización judicial”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 156.

modo de seleção dos julgadores, para afastar o viés político e exigir mérito para ocupação dos cargos, tendo em vista que normalmente os jurisconsultos se consagravam na atividade privada, e, salvo raras exceções, eram indicados aos cargos públicos pessoas não tão bem capacitadas - *“mientras los jurisconsultos más distinguidos se consagran al servicio de los particulares, para el Estado son elegidos, salvo honrosas excepciones, lo que no lo son tanto”*. Inexistia, também, nos cargos indicados, garantias de independência para o exercício da Jurisdição, especialmente a inamovibilidade.²⁶¹³

Ainda, o aparato material disponível aos tribunais era precário e a remuneração inadequada, obrigando, por exemplo, os “promotores fiscais” a compatibilizar suas funções públicas com a advocacia privada, carência remuneratória que afetava igualmente os juízes - que poderiam ser remunerados por custas judiciais -, situações que também interferiam na independência para o julgamento.²⁶¹⁴

Observava-se, desse modo, da mesma maneira que as jurisdições “especiais”, que os tribunais de exceção contavam com julgadores indicados pelo chefe do Poder Executivo e não eram dotados de instrumentos jurídicos que garantissem a independência para o julgamento.

Por isso, analisando empiricamente os acontecimentos históricos, o preenchimento dos cargos de julgamento dos Órgãos Orbitais deve seguir a mesma linha adotada para a seleção de juízes – que não difere, ao menos formalmente no sistema adotado pela maior parte dos Estados democráticos optantes do modelo romano-germânico da *civil law*, da própria seleção para a contratação dos servidores públicos em geral, consistente no **concurso público**, mesmo que haja substancial

²⁶¹³ APARICIO, Miguel Ángel. *El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)*. p. 84.

²⁶¹⁴ APARICIO, Miguel Ángel. *El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)*. p. 85.

diferença material entre as provas.²⁶¹⁵

A seleção contemporânea de juízes, em linhas gerais, pode ser dividida em dois grandes grupos: os juízes concursados²⁶¹⁶, de um lado, e os eleitos ou indicados, de outro. O primeiro está estabelecido na maior parte dos sistemas; o segundo, por meio de eleição, é visto em alguns rincões suíços e nos Estados Unidos²⁶¹⁷; as indicações ocorrem, por exemplo, na Inglaterra, e excepcionalmente no grupo de juízes concursados para preenchimento dos cargos nos tribunais superiores.²⁶¹⁸

Nesse contexto, conforme exposto anteriormente, os Órgãos Orbitais encontrariam sua fonte de legitimação a partir da observação do ordenamento jurídico, e não por meio do voto popular, e obrigatoriamente deveriam estar afastados da esfera do governo, justamente pela separação a partir da fonte de legitimação.

Em razão disso, o modo de seleção dos julgadores foi inserido como

²⁶¹⁵ “O cargo é profissão. Isto se manifesta, em primeiro lugar, na exigência de uma formação fixamente prescrita, que na maioria dos casos requer o emprego da plena força de trabalho por um período prolongado, e em exames específicos prescritos, de forma geral, como pressupostos da nomeação. Além disso, manifesta-se no caráter de dever do cargo do funcionário, caráter que determina, da forma seguinte, a estrutura interna de suas relações: a ocupação de um cargo, juridicamente e de fato, não é considerada equivalente à posse de uma fonte de rendas ou emolumentos explorável em troca do cumprimento de determinados deveres – como era o caso, em regra, na Idade Média, e muitas vezes até em tempos mais recentes –, nem uma troca normal, remunerada, de determinados serviços, como ocorre no caso do livre contrato de trabalho. Mas sim, ao contrário, a ocupação de um cargo, também na economia privada, é considerada equivalente à aceitação de um específico dever de fidelidade ao cargo, em troca de uma existência assegurada. Decisivo para o caráter específico da fidelidade ao cargo moderna é o fato de que ela, em seu tipo puro, não estabelece – como ocorre, por exemplo, na relação de dominação feudal ou patrimonial – uma relação comum a pessoa, à maneira da fidelidade de um vassalo ou discípulo, mas se destina a uma finalidade impessoal, objetiva”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. p. 200/1.

²⁶¹⁶ “Resta o terceiro modelo, o do juiz nomeado por concurso. Injustamente, a meu parecer, ele foi indiscriminadamente rotulado de ‘burocrático’: tanto que como tal ele foi contraposto ao juiz inglês nomeado pelo Executivo, caracterizado ao contrário como ‘profissional’”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 549

²⁶¹⁷ “Ciertamente, la legitimación democrática de los jueces es muy diversa en los países en lo particular: en Suiza, se elige directamente a los jueces a nivel de los cantones, asimismo en algunos estados de la Unión Americana; en Alemania lo son por los comités de selección judicial en unión de los gobiernos de los Länder”. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. p. 210.

²⁶¹⁸ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 111.

caracterizador do Órgão Orbital, mas não necessariamente do tribunal de exceção. Conforme destacado por Ferrajoli, “o juiz, diversamente dos Poderes Legislativo e Executivo, não deve representar nem as majorias nem minorias”, e o consenso do eleitorado, além de desnecessário, pode ser perigoso. Tanto na eleição direta, quanto na indicação por meio dos representantes do povo, a preocupação do juiz pode estar em agradar o eleitorado ou que lhe indiciou, e não necessariamente na efetivação de direitos.²⁶¹⁹

Ferrajoli acrescenta também que, não obstante todas as eventuais imperfeições do sistema, na pior das hipóteses, garantindo o anonimato dos candidatos no concurso, inexistindo qualquer filtro ideológico sobre as qualidades pessoais dos concorrentes, o concurso público se assemelha a uma forma de sorteio – vide democracia em Aristóteles –, cujo resultado não se daria ao acaso, mas sim pelo reconhecimento da competência dos aprovados.²⁶²⁰

Outro aspecto que importa destacar dentro desse sistema de seleção de julgadores é definir quais Estados adotam a magistratura com juízes de carreira e quais não o fazem. O que diferencia o sistema britânico do brasileiro e do espanhol, por exemplo, não é somente a indicação do Executivo para a nomeação de todos os juízes, mas sim que estes juristas indicados aos cargos de juízes não formam um corpo de funcionários do Estado – constituindo esse modelo uma exceção.

A regra é a adoção do sistema chamado romano-canônico em que os juízes, normalmente, constituem um corpo de funcionários do Estado, em uma carreira jurídica onde se recrutam essencialmente jovens recém formados em direito que se submetem à seleção e concurso público. No sistema britânico ocorre o

²⁶¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 550. Em complemento: “Se isso é verdade, torna-se difícil enxergar um cidadão simples em um juiz modelados pelas forças políticas dominantes e mais ou menos diretamente vinculado à confiança delas; e torna-se não menos difícil negar que em um juiz nomeado por concurso e assistido por garantias apropriadas de independência é bem mais externo e estranho ao sistema político e mais ‘par’ dos outros cidadãos do que o juiz de partido”.

²⁶²⁰ “O concurso, na pior das hipóteses, se garantido com anonimato dos candidatos e isento de qualquer filtro político sobre suas qualidades pessoais, se assemelha cada vez mais a uma forma de sorteio confiada não ao acaso, mas à seleção da competência”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 550.

inverso, e a nomeação do Executivo recai sobre advogados com anos de experiência, os quais são designados para um único órgão sem a necessidade de ascensão ou transferência a outra localidade como forma de progressão, pois não existe carreira.²⁶²¹

E apesar da seleção por meio de concurso público estar pautada em um conjunto extenso e antiquado de exercícios puramente memorísticos, ainda assim atende à exigência de qualificação técnica do candidato e principalmente inibe a arbitrariedade política na nomeação – que poderia recair, inclusive, sob alguém juridicamente desqualificado.²⁶²²

Nesse cenário concursal, a contratação de juízes e funcionários técnicos que atuam na tomada de decisão jurídica na esfera administrativa não encontraria diferenças substanciais em suas respectivas naturezas jurídicas, permitindo compreender, dessa forma, que em um primeiro momento qualquer delas estaria disposta a atender a exigência de imparcialidade de julgamento por meio da necessária independência, tendo em vista que a conquista do posto de trabalho é fruto do esforço e do mérito do candidato.

Mas ainda que assim não fosse, como ocorre quando o julgador é eleito pela sociedade, a atividade jurisdicional a ser desenvolvida por ele deve ser jurídica, e não política. O juiz está obrigado a se submeter unicamente ao ordenamento jurídico, que acarreta em sua legitimação enquanto expressão da vontade popular, pois o que serve de fundamento para a democracia não é a simples vontade soberana popular, mas sim as formas e os procedimentos pré-estabelecidos. Essa legitimação, portanto, deve ser buscada na própria independência, com exclusão de qualquer outro vínculo que não seja a lei - *“La voluntad popular se canaliza hacia la abstracta predeterminación de acto jurisdiccional mediante el derecho positivo, y el juez se legitima en cuanto se vincula sólo y exclusivamente a esa*

²⁶²¹ OTTO, Ignacio de. ***Estudios sobre el Poder Judicial***. p. 112.

²⁶²² OTTO, Ignacio de. ***Estudios sobre el Poder Judicial***. p. 118.

predeterminación".²⁶²³

Essa breve e necessária exposição serve para concluir que há diversas formas de seleção e organização da Jurisdição estatal, e que em nenhuma delas há exclusão total e absoluta de possibilidades de ingerência sobre as ações do julgador. A seleção por meio de concurso público, de todo modo, pode ser um indicativo, ao menos inicial, de que há predisposição para que se mantenha a independência do julgador e que ela possa atuar em conformidade ao direito, sem dirigismos políticos, notadamente nos sistemas em que os julgadores são funcionários de carreira do Estado. Assim é feito, em regra, com os juízes, e assim também é feito com os detentores de conhecimentos técnicos ocupantes de cargos na administração pública e que tomam decisão jurídica em sociedade situados dentro dos Órgãos Orbitais – servidores públicos em sentido amplo.

São essas, em linhas gerais, as características que apontam a independência objetiva do *órgão* público de modo a qualificar ele como um Órgão Orbital, e não um tribunal de exceção.²⁶²⁴ Mas além dessas características objetivas, existem elementos subjetivos passíveis de identificação com relação à *finalidade* da criação do órgão jurisdicional.

Os tribunais de exceção, em regra, estão situados acima do Poder Judiciário, como órgãos integrantes do Poder Executivo, inclusive para desenvolver “políticas públicas” na esfera do governo, não somente na função executiva, mas também por intermédio da função jurisdicional – por certo com conotação pessoal e particular –, exercendo, dessa forma, a Jurisdição enquanto Poder do Estado – conforme conceituação apresentada anteriormente –, em matérias disciplinadas

²⁶²³ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 114/5.

²⁶²⁴ “Ésta, entendida como ‘eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros poderes’ al quedar atribuida ‘al cuerpo de los jueces’ (Santiago MUÑOZ MACHADO, 1989, p. 13)”. (p. 68) - note-se que quando se fala em corpo de magistrado, não se está dizendo que eles necessariamente integram o Poder Judiciário, mas simplesmente que devem ser dotados de independência – e obedecer ao devido processo legal e ser o juiz natural. Nesse sentido: “[...] sólo los Jueces y Magistrados - independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley - integrantes del órgano jurisdiccional que sea competente con arreglo a las leyes, pueden ejercer la potestad jurisdiccional en un supuesto dado”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. p. 68.

pelas dimensões política e jurídica da Jurisdição – reserva do Judiciário, delineadas no capítulo 8. Há, dessa forma, uma finalidade política e um compromisso político transvertido em Jurisdição nos tribunais de exceção, que os distanciam de objetivos puramente jurídicos.

Os Órgãos Orbitais, por seu turno, exercem **função estatal burocrática**, de resolução de conflitos sociais em conformidade à **dimensão social** da Jurisdição no que toca os bens disponíveis – reserva dos Orbitais; vide capítulo 8. A sua competência não adentra às dimensões política e jurídica da Jurisdição, nem na matéria exclusiva do Poder Judiciário situada na dimensão social, resguardando o núcleo essencial e material da função jurisdicional do Estado e a competência jurisdicional do Poder Judiciário – reserva do Judiciário; vide capítulo 8. Objetiva alcançar, assim, uma **finalidade jurídica** e um **compromisso jurídico** para o julgamento dos processos a eles submetidos, em absoluta concordância com o ordenamento jurídico vigente e o interesse público da sociedade, sem desgarrar da garantia individual enfrentada no caso concreto.

Outra diferença capital entre os tribunais de exceção e os Órgãos Orbitais com relação à finalidade é que, enquanto os primeiros buscam uma concentração de Poder depositado no chefe do Executivo, em razão da sua subordinação, sonhando dos verdadeiros juízes parcela importante e substancial da Jurisdição do Estado, os Órgãos Orbitais acarretam uma **desconcentração de Poder**, diante da sua pluralidade, pulverizando e multiplicando em sociedade diversos micros centros de Poder jurisdicional burocrático estatal: “o certo é que na sociedade altamente burocratizada, que dispõe dos instrumentos de controlo e de influência do nosso tempo, esta cultura constitucional pluralista é, a longo prazo, talvez a única alternativa a um Estado totalitário²⁶²⁵”.

Aliado às características do *órgão* e à *finalidade* da sua respectiva criação, acima destacadas, estão *elementos processuais* ensejadores de um devido

²⁶²⁵ ZIPILEUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. p. 365.

processo legal²⁶²⁶.²⁶²⁷ Assim, quando o direito positivo vincula determinados fatos a certas consequências, o ordenamento jurídico deve também designar um órgão estatal detentor do Poder para averiguar os fatos de um caso concreto e, ao mesmo tempo, prescrever o **devido processo**²⁶²⁸ que esse órgão precisa observar para prolatar a decisão jurídica em sociedade – quando houver vinculação ao conteúdo – material – e ao procedimento – formal – o órgão estará obrigado em graus diferentes.²⁶²⁹ O ordenamento jurídico pode autorizar esse órgão a regular pontualmente o processo de acordo com seu arbítrio, “mas o órgão e o processo pelos quais devem ser averiguados os fatos condicionantes têm de ser – direta ou indiretamente – determinados pela ordem jurídica, para fazer que esta seja aplicável

²⁶²⁶ “[...] la diferencia entre la realización del Derecho por la Administración y los Jueces deriva de la condición de independientes de éstos últimos, y cómo ello asegura su más alta imparcialidad ante la aplicación de la ley en garantía de los derechos de los ciudadanos; a esto le acompaña las concretas garantías que supone el proceso”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 72.

²⁶²⁷ “Ou realmente se decide contra o Direito positivo, então não se trata de uma capacidade ‘jurídica’, e sim, de um poder real de se colocar acima do Direito ou de dissolvê-lo, portanto, de criminalidade, golpe de Estado, revolução ou utilização do ‘*pouvoir constituant*’ democrático. Resumindo, no Estado Constitucional não há soberano: ao contrário, o Estado constitucional significa, histórica e conceitualmente, a distribuição da soberania estatal no conjunto dos órgãos estatais e do Direito estatal”. KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. p. 176.

²⁶²⁸ Por exemplo: “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

²⁶²⁹ “Se a função do tribunal for regulada tanto pelo Direito substantivo quanto pelo Direito adjetivo – isto é, se tanto o seu procedimento quanto o conteúdo das suas decisões forem determinados por normas gerais preexistentes – nesse caso também a corte estará obrigada em graus diferentes”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 210.

à vida social”.²⁶³⁰

Nesse diapasão, nunca é demais recordar que a regra pré-estabelecida que um juiz aplica para a resolução de um caso concreto não diz como efetivamente ele vai decidir, “mas como ele deve decidir”.²⁶³¹

Sem embargo, historicamente se observou nos tribunais de exceção processos com tramitação sigilosa, em que inexistia um devido processo previamente estabelecido, ou, quando havia, era pautado pelo sistema inquisitivo, voltado à finalidade política e de perseguição, para julgar pessoas e fatos específicos, agindo o julgador de ofício, produzindo provas, ou submetendo o perseguido à injusta inversão do ônus da prova, havendo, inclusive, avocação e delegação de processos que tramitavam em outros tribunais, assim como desrespeito à coisa julgada. Todas essas são características procedimentais e processuais dos tribunais de exceção.

Conforme exposto anteriormente nessa pesquisa, o devido processo legal, sob o viés normativo histórico e do ponto de vista procedimental, decorre da influência estadunidense oriunda da Emenda de 1791 à Constituição dos Estados Unidos da América, não obstante encontrar raízes inglesas na Carta Magna de 1215 e a expressão ter sido cunhada possivelmente pela primeira vez em um documento oficial no *Liberty of Subject Act (28 Edward 3)*, de 1354²⁶³². A Declaração de Direitos Humanos de 1789 não consagrou o “devido processo legal prévio”, limitando-se a tratar da prisão, sem mencionar que se estendia à proibição da restrição de bens sem que houvesse um julgamento prévio. Igualmente ocorreu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – “refere-se a uma justa defesa para a

²⁶³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 197/8.

²⁶³¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 244.

²⁶³² “No man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of the law”. 165 Mais tarde, em 1368, volta a aparecer no Observance of Due Process of Law Act (42 Edward 3). PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana**. p. 116.

determinação dos direitos e deveres dos indivíduos, o que equivale a dizer direito a uma proteção judicial visando à solução de um conflito”.²⁶³³

Em outro norte, ainda na evolução normativa histórica, a perspectiva derivada da *common law* com relação ao “devido processo legal procedimental” encontrou correspondência posteriormente na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) onde está previsto que a causa, no âmbito civil ou penal, deve ser submetida à apreciação de um juiz e tribunal independente e imparcial, semelhante ao registrado no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), que além da imparcialidade e independência acresce a competência para o julgamento, assim como orientam a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).²⁶³⁴

A despeito, nos Órgãos Orbitais deverá haver um devido processo legal²⁶³⁵ previamente entabulado (procedimental e substancial - “Os dois tipos de norma são realmente inseparáveis. Apenas na sua união orgânica é que eles formam o Direito²⁶³⁶”) ²⁶³⁷, respeitador do princípio da legalidade e da publicidade²⁶³⁸,

²⁶³³ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 171.

²⁶³⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. p. 171.

²⁶³⁵ Há exceções às regras pré-definidas, como, por exemplo, nas decisões estruturantes. Vide, nesse campo, Puga: “*Para exponerlo en pocas palabras, diría que cuando la litis es estructural se observa una clara subversión del carácter adversarial del litigio, que el juez adquiere una centralidad inusual en la incitación del trámite, y sus decisiones se justifican desde una perspectiva regulativa antes que meramente arbitral. Esto se explica por los mismos rasgos definitorios del litigio estructural que venimos señalando.*” PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* | ISSN 2362-3667 | pp. 41-82 Año I, N.º 2 | Noviembre de 2014. p. 75. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf. Acesso em: 7 jun. 2020.

²⁶³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 188.

²⁶³⁷ “Essas normas gerais devem ser aplicadas pelos órgãos competentes, em especial pelos tribunais, mas também pelas autoridades administrativas. Os órgãos aplicadores de Direito devem ser instituídos de acordo com a ordem jurídica, a qual, igualmente, tem de determinar o processo que esses órgãos deverão seguir quando forem aplicar o Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 187.

²⁶³⁸ “[...] hoy el principio de publicidad resulta consustancial al concepto de Democracia y al control y a la legitimación del ejercicio de poder (Norberto Bobbio, 1996, pp. 94 y ss.)”. (p. 82) *Em complemento, não em continuação, em rodapé: “Mas a la vista de la independencia judicial y de la imparcialidad política del Poder Judicial, tales controles, al margen del social señalado, sólo pueden ser jurídicos. Únicamente a través del sistema de recursos jurisdiccionales legalmente previstos”.*

sedimentado em um sistema acusatório e de efetivo contraditório para julgamento de matérias genericamente estabelecidas. Vigem nos Orbitais o princípio da inércia, agindo o julgador apenas por provocação dos interessados, a equilibrada distribuição, e não a inversão, do ônus da prova, assim como o respeito ao juiz natural da causa.²⁶³⁹

Dessa forma, analisando critérios objetivos acerca do **órgão**, características subjetivas com relação à **finalidade** da respectiva criação e elementos definidores de um **devido processo legal**, é possível fazer a justa diferenciação entre os tribunais de exceção e os Órgãos Orbitais do Estado responsáveis pelo exercício legítimo de parcela de Jurisdição.

Sem dúvida que em alguns Estados determinadas características receberão maior densidade do que outras. Não necessariamente todas elas devem estar presentes, inclusive sendo possível eventual coexistência entre elas – como é o caso, por exemplo, da indicação política para o preenchimento do cargo de julgador ao invés do concurso público, algo que ocorre na maior parte das cortes constitucionais dos Estados ocidentais democráticos justamente sob o argumento da manutenção de equilíbrio entre os poderes, tendo em vista que, nas cortes constitucionais, como ressaltado por Kelsen, os juízes atuam em diversos casos como “legislador”.

Nesse sentido, apesar de defender, por exemplo, o preenchimento dos cargos dos Órgãos Orbitais por meio de concurso público na Jurisdição Plural, justamente para evitar que se busque, ainda que dentro dos quadros internos, juízes mais “adequados”²⁶⁴⁰, ocasião em que o órgão seria formalmente legítimo mas o

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. p. 82, em nota de rodapé.

²⁶³⁹ “A garantia do ‘juiz natural’ indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei, entendido por competência o limite da jurisdição de que qualquer juiz é titular. Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinário e especiais”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. p. 543.

²⁶⁴⁰ Hoje o perigo reside no fato de se buscar dentro dos quadros juízes que se estimem “mais

“juiz de exceção”, em determinadas sociedades o preenchimento dos cargos por meio de indicação política não acarretará a ausência de independência do julgador ou muito menos a qualificação de assentada corte de julgamento como tribunal de exceção. É o próprio exemplo do citado sistema de justiça da Inglaterra, no qual os juízes e julgadores administrativos são nomeados pela monarquia, para concluir que esse critério, por si só, seria insuficiente para a finalidade aqui proposta, tendo em vista que a Inglaterra é possivelmente um dos Estados mundiais mais democráticos e conta com julgadores dotados de ampla independência (vide capítulo 6) – “nem por isso a Grã Bretanha deixa de ser talvez o mais livre de todos os Estados contemporâneos²⁶⁴¹”.²⁶⁴²

O importante dentro desses preceitos é observar especialmente se a separação entre os poderes está sendo respeitada, notadamente a Jurisdição reservada ao Poder Judiciário, situada integralmente nas dimensões política e jurídica e parcialmente na dimensão social, assim como a independência do julgador para proferir o respectivo julgamento. Sem separação de poderes e independência, não pode haver Jurisdição; o conjunto de elementos expostos pode perfeitamente indiciar critérios diferenciadores entre Órgãos Orbitais em contraposição aos tribunais de exceção, permitindo uma maior segurança para o exercício da função jurisdicional estatal na modalidade “Plural” aqui proposta.

Em suma, são características, assim verificadas nos Orbitais, que essencialmente garantem a independência funcional do julgador e a necessária imparcialidade, as quais possibilitam, de um lado, a estrita submissão ao império da lei, sem interferências e, de outro, como consectário lógico, a consequente

adequados” - juiz de exceção. ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial*. p. 184.

²⁶⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 166.

²⁶⁴² Tratando da Inglaterra: “Entretanto, há liberdade juridicamente protegida porque impera a divisão de poderes. Especialmente a independência objetiva e pessoal dos juízes impede que normas protetoras de liberdade sejam violadas, e a consciência jurídica tradicional impede, de toda forma até agora, a exigência por um soberano que colocasse em dúvida a independência judicial e o conteúdo das normas protetoras de liberdade”. KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. p. 180.

independência.²⁶⁴³ O julgador orbital, como administrador da justiça mediante a realização do direito *ad litem*, conseguiria, dessa forma, atuar somente a partir de critérios e parâmetros jurídicos, e não de conveniência e oportunidade, recaindo também a independência como um mecanismo de proteção jurídica de sua imparcialidade diante da aplicação da lei em garantia dos direitos do cidadão.²⁶⁴⁴ “A independência é um conceito de segundo grau que recobre e salvaguarda a imparcialidade de quem julga. [...] a independência não é um privilégio do juiz mas uma garantia dada aos cidadãos”.²⁶⁴⁵

Como o presente capítulo tem por foco a independência do julgador para o exercício da função jurisdicional, e em especial a imparcialidade do julgador orbital com relação à administração pública, algumas notas complementares nesse tocante serão abordadas nessa narrativa que segue, antes do término do presente capítulo.

Por certo que, apesar de eventualmente não haver consagração expressa do princípio da **imparcialidade**²⁶⁴⁶, este se encontra implicitamente compreendido na independência e na obediência exclusiva ao ordenamento jurídico, pois definitivamente o que significa imparcialidade é que a lei, em sentido amplo, seja o único critério do juiz para a tomada da decisão jurídica e que o julgador não se guie por nenhum outro interesse que não seja o de aplicar corretamente o direito em forma de garantia individual.²⁶⁴⁷

A sujeição somente à lei é uma premissa elementar e uma dedução

²⁶⁴³ “Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao Direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 451.

²⁶⁴⁴ “SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 76.

²⁶⁴⁵ NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. p. 16/7.

²⁶⁴⁶ “Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis*, e não de homens”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 451.

²⁶⁴⁷ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 63.

jurisdicional como fonte única legitimadora política da tomada de decisão, tendo como corolário a própria imparcialidade.²⁶⁴⁸

Sem embargo, a imparcialidade deve ser analisada sob o ponto de vista do exercício da Jurisdição, dentro do processo e no bojo da tomada da decisão jurídica, por ser impossível dotar a imparcialidade de caráter geral de abstração no convívio social, inclusive na política, pois então estaríamos diante de um julgador de natureza “semidivina”. A Jurisdição não é nada similar ao sacerdócio civil, figura retórica muito utilizada na ideologia judicial; e nem deve ser, pois enquanto o sacerdote se ocupa da compreensão de um mundo espiritual, pautado por regras morais, o juiz atua somente no mundo real, de acordo com regras jurídicas anteriormente estabelecidas. Não obstante a impossibilidade de sedimentar um caráter de abstração geral, o comportamento do julgador deve ser adequado ao exercício de suas funções, e a imagem de neutralidade deve ser preservada para que não parem suspeitas de imparcialidade - como forma de legitimação pública e social da atividade jurisdicional.²⁶⁴⁹

A imparcialidade, dessa forma, advém também quando, além de estar vinculado exclusivamente ao ordenamento jurídico, o julgador tem a liberdade de não se confundir com as partes, autor ou réu, eis que ninguém é juiz em causa própria - *nemo iudex in rem suam* -, e que o juiz seja realmente independente, ou seja, não esteja subordinado ao autor ou ao réu, o que transformaria uma das partes em juiz. “Jurisdição implica, pois, heterorregulação: regulação de relações estranhas ao julgador; não de relações de que seja parte”.²⁶⁵⁰ A imparcialidade é decorrente, igualmente, da observância das incompatibilidades e proibições legais – éticas e morais – impostas aos julgadores, existentes em seus estatutos e códigos de

²⁶⁴⁸ “A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso colocação institucional do juiz. Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 534.

²⁶⁴⁹ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 63-64.

²⁶⁵⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. p. 143.

conduta²⁶⁵¹.

Assim, em conclusão, se a independência do juiz constitui princípio básico da Jurisdição no Estado constitucional democrático, a **independência** do julgador orbital no exercício da Jurisdição burocrática do Estado não pode ser diferente. A função de aplicar jurisdicionalmente a normatização deve ser efetivada por órgãos autônomos, isto é, sem subordinação dos respectivos titulares a outros órgãos e notadamente aos demais poderes do Estado.²⁶⁵² Portanto, o julgador orbital, quem aplica jurisdicionalmente a referida normatização, não pode receber ordem ou instrução de ninguém, inexistindo subordinação hierárquica ou supremacia do interesse público a condicionar o interesse individual, devendo ser livre no exercício da função. O monopólio estatal da Jurisdição só pode ser exercido quando a Jurisdição está organizada a partir desses princípios.²⁶⁵³

Além da garantia ao jurisdicionado, os princípios de independência e submissão ao império da lei encontram íntima pertinência em sua origem também com a ideia de limitação do Poder estatal, no controle do Poder pelo direito. A independência do julgador orbital, retirando a possibilidade de interferência de outros Poderes do Estado na sua liberdade de tomada de decisão jurídica, o converte em um realizador e garantidor de direitos.

Não se deve olvidar, para finalizar, que os conceitos de independência e imparcialidade não se esgotam em si mesmos, consistindo ambos um meio para a tomada da decisão jurídica, e não um fim para a atividade jurisdicional, por isso não podem ser interpretados em sentido absoluto, pois, se analisados sob essa ótica, verdadeiramente ninguém seria independente.

Por isso, o conceito de independência, para caracterizar o exercício da

²⁶⁵¹ “Las incompatibilidades y prohibiciones, por otra parte, tienen también a la función de preservar la imparcialidad y la imagen de neutralidad”. OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 63.

²⁶⁵² OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 172.

²⁶⁵³ OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. p. 171.

Jurisdição, deve ser aplicado em seus termos jurídicos, e não em conotação fática. Dessa forma, a independência do juiz, a soberania do Estado ou a liberdade contratual dos indivíduos, diante de um conceito jurídico de independência, pode ser traduzida, como destacado, como *ausência de subordinação jurídica*. Por independência em sentido estrito, temos que entender, portanto, que os julgadores não estão sujeitos no exercício de suas funções à ordem ou instrução de ninguém, assim como que possuem garantias jurídicas para que desenvolvam a atividade livremente de acordo com o direito.²⁶⁵⁴

O dogma da separação entre os poderes e a ausência de independência foram justamente os dois fatores preponderantes para a unificação das jurisdições e abolição de qualquer tribunal situado fora da estrutura judicial – há exceções significativas, como, por exemplo, a justiça administrativa francesa. Seguir as diferenciações acima traçadas pode significar um caminho relativamente seguro para trilhar o caminho inverso, necessário às demandas da sociedade do século XXI, para que a Jurisdição seja exercida com imparcialidade e independência nos órgãos situados fora da estrutura organizacional do Poder Judiciário de um Estado, como proposto pela Jurisdição Plural a ser exercida por Órgãos Orbitais.

²⁶⁵⁴ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 58/9.

CAPÍTULO 10

JURISDIÇÃO PLURAL NATURAL E ARTIFICIAL: A INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO POR MECANISMOS HUMANOS E CIBERNÉTICOS

10.1 PRESENTE: INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO PLURAL POR MECANISMOS HUMANOS

10.1.1 Reenvio prejudicial: instrumento jurídico de integração coparticipativa

Conforme observado nos capítulos antecedentes da presente pesquisa, a “Jurisdição Plural”, concebida para a utilização dos órgãos públicos responsáveis pelo enfrentamento dos conflitos jurídicos para além do Poder Judiciário, está sedimentada na divisão do “Poder político” relevante e do “Poder burocrático” estatal (capítulo 7), na limitação de atuação dos Órgãos Orbitais naquelas matérias adjacentes ao núcleo essencial e material da função jurisdicional – “reserva do Orbital” (capítulo 8) – e na atuação de órgãos devidamente independentes e imparciais, notadamente com relação à administração pública estatal, para que efetivamente tenham condições de prolatar uma “sentença” (capítulo 9).

Nessa esfera, apesar da Jurisdição estatal ser única, esse modelo “Plural” avançaria²⁶⁵⁵ em relação aos conhecidos modelos de Jurisdição “una” e “dual”, para enfrentar igualmente situações jurídicas em que se encontram nos polos da demanda somente particulares – *extraneus vs. extraneus*. O modelo proposto pela

²⁶⁵⁵ Com relação à Jurisdição “una”, a “Plural” seria diferente porque existiriam órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário. No tocante à Jurisdição “dual”, onde já existem órgão jurisdicionais alheios às estruturas do Judiciário, a diferença seria que esses órgãos estatais externos teriam competência para atuar também em questões envolvendo somente particulares (***extraneus vs. extraneus*** + *intraneus vs. extraneus* + *intraneus vs. intraneus*), o que não ocorre na dual, limitada a atuar fora do Judiciário somente quando há interesse direto do Estado (*intraneus vs. extraneus* + *intraneus vs. intraneus*).

Jurisdição Plural difere, contudo, não apenas na competência jurisdicional a ser absorvida pelos “Órgãos Orbitais”, mas também no desenvolvimento de uma forma de Jurisdição muito mais **leve, dinâmica e menos burocratizada**, mas especialmente **integrada** com o Poder Judiciário.

Em razão da leveza e, de certa maneira, **informalidade organizacional**, os Órgãos Orbitais poderiam ser considerados órgãos jurisdicionais “quase-judiciários”, onde o espaço físico ou a repartição pública em que ele estiver situado não será determinante para o exercício da função jurisdicional. Não obstante, eles seriam “quase-judiciários” somente porque literalmente não pertenceriam formalmente à estrutura do Poder Judiciário enquanto Poder político relevante, mas sim difusamente “ao Estado” em todo o arcabouço estatal enquanto Poder burocrático.

Acompanhando o que se expôs anteriormente sobre o exercício das três funções típicas do Estado, executiva, legislativa e jurisdicional, por órgãos situados em esfera distante do escalão do Poder político (no Poder burocrático), asseverou-se que a **atividade burocrática jurisdicional** encontraria **limites** mais rigorosos do que a atividade burocrática executiva e legislativa para o seu desenvolvimento. Por exemplo, enquanto no exercício da “função normativa” não se exige que órgãos “dependentes” sejam democraticamente eleitos para a expedição de regulamentos gerais, diferentemente do que a “função legislativa” ordena ao parlamento, nos Orbitais a independência funcional, tanto interna, para a tomada de decisão, quanto externa, especialmente da esfera do “governo”, é requisito essencial para o desenvolvimento da Jurisdição – é por isso que os Orbitais devem possuir natureza jurídica semelhante a dos tribunais (capítulo 7).

Outro desses limites, como acima destacado, seria a impossibilidade de atuação dos Órgãos Orbitais naquilo que estivesse inserido no núcleo essencial e material da função jurisdicional; a quase totalidade do núcleo pode ser controlada por meio da repartição de competências, não apenas as dirigidas, explícita ou implicitamente, em favor do Poder Judiciário, mas necessariamente aquelas

especificadas em favor dos Órgãos Orbitais; os Orbitais teriam competência determinada e expressa para atuar somente naquelas matérias restritas e burocráticas (capítulo 8).

Nesse diapasão, e sob o ponto de vista do efetivo exercício da Jurisdição, possivelmente um obstáculo²⁶⁵⁶ a ser superado diante da ampliação dos órgãos públicos habilitados a exercer a função jurisdicional é a barreira imposta aos Órgãos Orbitais com relação às matérias jurídicas reservadas ao Poder Judiciário, como, por exemplo, dentre inúmeras, a palavra final sobre a **interpretação em tese do direito** a ser aplicado, mesmo naquelas situações jurídicas de menor relevância – conforme delineado no capítulo oito: como instrumento de pacificação daquele conflito jurídico concreto.

Nesse campo, por certo que o direito positivado apresenta senão respostas prontas, ao menos o caminho que o julgador deverá seguir para a tomada da decisão em situações jurídicas mais simples; porém, conforme demonstrado anteriormente, a Jurisdição do século XXI não é aquela vislumbrada no início do Estado moderno, cuja atividade do juiz era limitada ao silogismo entre os fatos e o texto normativo, desprovida de qualquer atuação interpretativa, aos moldes do “juiz boca da lei” desenhado por Montesquieu. Hoje, a função jurisdicional, de nenhuma forma, pode ser considerada nula ou apática; ao contrário.

Sem embargo, se de um lado a palavra definitiva sobre a interpretação do direito está no núcleo da função jurisdicional, atividade exclusiva do Poder Judiciário, e de outro algumas matérias jurídicas estariam ao alcance específico dos Órgãos Orbitais, especialmente por serem jurisdicionais e não terem o mérito de suas decisões analisados perante o Judiciário, esses dois extremos da junção entre os

²⁶⁵⁶ “Dessa forma, é possível afirmar que existe um certo grau de conflito entre princípios, direitos fundamentais e valores constitucionais como decorrência natural das constituições extensas e densas, ou seja, não se trata tanto de um vício de origem mas sim de um elemento característico. Porém, a medida em que se adere a uma concepção “perceptiva-substantiva”, tais conflitos se convertem em um problema, porque tal concepção pressupõe a compatibilidade. A esta exigência teórica se une a insistência na especificação da interpretação constitucional”. POZZOLO, Suzanna. *La concepción neoconstitucionalista de la constitución*. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2010. p. 176.

órgãos de Poder “político” e “burocrático” poderiam obstaculizar, por exemplo, que, sobre determinadas matérias jurídicas, o Judiciário tivesse possibilidade de se pronunciar incidentalmente sobre a **interpretação definitiva do direito**, especialmente nos “**casos difíceis**”. Essa eventual incompatibilidade poderia impedir que a decisão jurídica dos Órgãos Orbitais fosse material e substancialmente adequada, por isso essa atividade na “Jurisdição Plural” necessitaria de um **mecanismo de integração e diálogo** – não de controle – entre as duas esferas da Jurisdição para que realmente ela se torne **efetiva** e detenha sentido uma proposta de ampliação de órgãos estatais legitimados ao exercício da função jurisdicional.

A norma individual resultante da decisão jurídica proferida nos casos concretos pelos Órgãos Orbitais seria confeccionada com a participação dos interessados²⁶⁵⁷, demandante e demandado (real ou ficto²⁶⁵⁸), requerente e requerido, sob o crivo de um terceiro imparcial – Órgão Orbital –, que conduziria o processo com a finalidade de pacificação social e aplicação do direito existente, mas essa decisão poderia também ser **estruturada com a participação do Judiciário**, notadamente naquelas situações em que o julgador se depare com os “casos difíceis”²⁶⁵⁹.

²⁶⁵⁷ “O votante toma parte apenas na criação de um órgão – parlamento, chefe de Estado – cuja função é criar a vontade do Estado, as normas jurídicas; e as normas jurídicas que esse órgão tem de criar são normas gerais, estatutos. O sujeito de um direito privado participa diretamente na criação de uma norma jurídica – a decisão judicial – é uma norma individual. O exercício de um direito privado também significa participação do sujeito na criação da ‘vontade do Estado’, pois a vontade do Estado se manifesta também na decisão judicial; o tribunal também é um órgão do Estado”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 127.

²⁶⁵⁸ Como ocorre em diversos sistemas, como, por exemplo, no alemão – demonstrado anteriormente -, em que há julgamentos administrativos em que não necessariamente o Estado está representando por procurador – por vezes nem mesmo o postulante – e o funcionário público julgador fica responsável por preservar o direito das duas partes sem que com isso perca a imparcialidade e a independência. Não obstante não imiscuir a função de julgador com os ônus processuais das partes seja uma das características para a qualificação de um órgão como Orbital (vide tabela desenvolvida nesta pesquisa), em situações pontuais não se veria prejuízo para que isso não ocorresse; por isso, quando se fala em ficto, seria no sentido de inexistir procurador representando uma ou as duas partes. Nunca é demais lembrar aqui que estaríamos tratando de Jurisdição burocrática que cuidaria de direitos abaixo do primeiro escalão de prioridade. Não seria diferente do que determina a Lei 9.099/95 no tocante à obrigatoriedade do juiz leigo amparar juridicamente a parte hipossuficiente que estiver sem advogado.

²⁶⁵⁹ Adotou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, a teoria defendida por Dworkin na obra *O Império do Direito*, entre casos fáceis e difíceis; ou, nas palavras do Ministro Barroso, casos em

Os **casos difíceis** – *hard cases*²⁶⁶⁰ –, são pronunciamentos jurídicos que exigem uma argumentação mais elaborada do intérprete e normalmente redundam na “criação do direito”. Os casos fáceis – *easy cases* –, por sua vez, em linhas gerais, seriam aqueles em que solução jurídica ao caso concreto se encontra “pré-pronta” no ordenamento jurídico, não exigindo do aplicador grande trabalho para apresentar a solução no caso concreto.²⁶⁶¹

De modo mais específico, a distinção²⁶⁶² entre *easy* e *hard cases* poderia se dar a partir da identificação de critérios como a *precisão da linguagem* disposta no texto normativo (obscuridade, vagueza ou ambiguidade), a *objetividade da linguagem* (presença de termos abertos, como proporcionalidade) e o *desacordo prático* (confronto de interpretações razoáveis)²⁶⁶³ – vide, nesse sentido, Barroso²⁶⁶⁴,

que há na legislação soluções pré-prontas ou casos em que haja a necessidade de elaborada argumentação do intérprete. Não obstante, outras classificações e divisões poderiam ser adaptadas à Jurisdição Plural. Os valores a serem defendidos com exclusividade pelo Judiciário dizem respeito à política e à constituição de cada Estado. Optou-se por essa diante da resistência inicial em romper paradigmas, por isso a limitação em não permitir a Jurisdição plena aos Órgãos Orbitais, e também por acreditar que em um Estado constitucional o Poder Judiciário, por meio da Jurisdição, exerce função de especial relevo, por isso determinadas matérias jurídicas, e políticas, estariam sob sua responsabilidade, inclusive para atuação contramajoritária perante outros Poderes, públicos e privados. Dentre essas funções estaria a de deter o monopólio da última palavra sobre a interpretação do direito.

²⁶⁶⁰ Sobre o “comércio de juízes” nos *hard cases*: “A função de referência a decisões estrangeiras é múltipla: os juízes procuram, antes de mais, encontrar soluções ou argumentos lógicos, servindo as jurisprudências estrangeiras como uma espécie de manancial de ideias. Mas, para resolverem estes casos de difícil decisão, os juízes procuram igualmente uma base, uma garantia jurídica. À fertilização recíproca, vem, portanto, juntar-se uma busca de legitimidade”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 24.

²⁶⁶¹ “Mas, naturalmente, além dos casos simples há também casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), isto é, suposições nas quais a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou a premissa normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas. Wróblewski (e a sua terminologia é hoje amplamente aceita) chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, justificação interna. E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, justificação externa (Wróblewski, 1971 e 1974). A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. p. 32.

²⁶⁶² “Esse é um pseudoproblema. Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 423.

²⁶⁶³ “De outra parte, e para complicar as coisas um pouco mais, a maior parte das normas com que trabalham essas cortes soberanas - os princípios constitucionais -, diferentemente dos preceitos jurídicos em geral, apresentam-se em fórmulas lapidares, numa linguagem tão aberta, indeterminada e plurissignificativa, que o ato de concretizá-las a rigor não conhece limites e só com extrema boa vontade - à Konrad Hesse, por exemplo - ainda se pode chamar de interpretação.” COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. p. 40/1.

²⁶⁶⁴ “Interpretação jurídica e suas complexidades: o encontro não marcado entre o Direito e a política”.

conforme anteriormente abordado: a linguagem aberta dos textos jurídicos; os desacordos morais razoáveis; as colisões de normas constitucionais; a interpretação constitucional e seus métodos. As proposições defendidas na doutrina variam entre aceitar ou negar todas ou parte delas. Dworkin, por exemplo, adota a terceira, sem, contudo, refutar as demais – trata, por exemplo, de obscuridade linguística²⁶⁶⁵, como ambiguidade e vagueza, e abstração, como termos razoável e equitativo, mas nem por isso considera que a partir deles o caso se tornaria difícil, especialmente diante do fato dessa dificuldade poder ser superada por outros elementos de integração do direito. Os dois primeiros, dessa forma, diante da integração por outros meios, não seriam caracterizados necessariamente como *hard cases*, restando, nesse campo, apenas o terceiro.²⁶⁶⁶

O *desacordo prático*, então qualificador dos casos difíceis, ocorre quando houver fundadas razões para interpretar o texto em uma direção diferente daquela que a literalidade da letra fria da redação normativa possa sugerir, e, como fonte não linguística de obscuridade, é revelado depois do método interpretativo utilizado²⁶⁶⁷; ou seja, quando houver duas ou mais interpretações do mesmo texto e que todas possam estar calcadas de modo solidificado em soluções jurídicas plausíveis perante a coerência e integridade do ordenamento jurídico²⁶⁶⁸, e também quando a controvérsia envolver direitos fundamentais e constitucionais em colisão²⁶⁶⁹, quando ambos são válidos e aplicáveis, mas o julgador deve eleger apenas um deles para a hipótese²⁶⁷⁰.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p. 455-459.

²⁶⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 419-424.

²⁶⁶⁶ COELHO, André. **Dworkin sobre casos fáceis e difíceis**. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2017/02/dworkin-sobre-casos-faceis-e-dificeis.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁶⁶⁷ COELHO, André. **Dworkin sobre casos fáceis e difíceis**.

²⁶⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 252.

²⁶⁶⁹ Ainda que por via reflexa quando não seja o objeto inicial da demanda. Sobre os direitos fundamentais, por exemplo: “O sistema de valores e pretensões de Dürig pode ser considerado como um modelo de direitos fundamentais em três níveis. No primeiro nível está a dignidade humana, como ‘princípio constitucional supremo’. No segundo nível encontram-se, de um lado, o direito geral de liberdade como ‘principal direito de liberdade’ e, de outro, o direito geral de igualdade como ‘principal de igualdade’. No terceiro nível, por fim, estão os direitos de liberdade e igualdade específicos. [...] o sistema de Dürig não abarca todos os direitos fundamentais, e, por isso, não é fechado”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 372/3.

²⁶⁷⁰ Vide, nesse campo: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**.

Dessa forma, as dificuldades encontradas diante dos dois primeiros critérios apontados não seriam necessariamente consideradas como casos difíceis, consistentes na imprecisão da linguagem e na subjetividade normativa, pois poderiam ser vencidas por outros meios integrativos que não a “criação” do direito pelo intérprete, como, exemplificadamente, por meio da utilização de outros textos normativos complementares ou da jurisprudência. Porém, o desacordo prático seria de deslinde mais complexo, consistindo estas situações jurídicas em verdadeiros *hard cases*.

O enfrentamento dos casos difíceis poderia ensejar uma eventual **limitação prática** na atuação jurisdicional do Órgão Orbital, que deve observar, em seus pronunciamentos, se o direito preexistente o autorizou²⁶⁷¹ a ir além do direito substantivo positivo estabelecido pela legislação na atividade genericamente pré-programada²⁶⁷² pela lei, ainda que de maneira pontual²⁶⁷³. Caso não haja autorização expressa pelo legislador, o limite para a tomada de decisão jurídica pelos Órgãos Orbitais são os exatos termos da lei. Havendo dúvida sobre a interpretação do direito, a última palavra sobre a respectiva interpretação caberia ao Poder Judiciário.²⁶⁷⁴

E é nesse ponto que residiria o obstáculo traçado na reflexão entabulada

²⁶⁷¹ “[...] mas também aqui há certas margens na interpretação dos conceitos jurídicos. A ‘pré-programação’ pode ser suavizada por via de a lei conceder à autoridade administrativa um poder discricionário de decisão sob determinados pressupostos legais [...] com a competência para escolher de entre diversas alternativas de decisão, tal como o exigem as circunstâncias do caso concreto”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 472.

²⁶⁷² “A administração executiva tem de aplicar as normas jurídicas na medida em que a sua execução foi erigida em fim público. Além disso, através da administração da justiça têm de se tomar as medidas necessárias para os casos em que sejam infringidas normas jurídicas. Se nos servirmos da distinção feita entre decisões programantes e programadas, então – numa generalização positiva – os actos administrativos de execução das leis e os actos jurisdicionais surgem como atividades genericamente pré-programadas por lei”. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 471.

²⁶⁷³ “O Direito preexistente deve autorizar o tribunal a ir além do Direito substantivo dado”. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. p. 219.

²⁶⁷⁴ “A sua situação muito peculiar no seio do Estado facilita, quiçá exige, estes intercâmbios, uma vez que a sua posição na repartição dos poderes, com todas as cambiantes e diferentes formas que esta pode assumir, é comum a todos eles: positivamente, os juizes comungam de uma mesma independência e, negativamente, não exprimem vontade própria. O poder judicial não é decisionista nem discricionário. Contrariamente aos dois outros poderes, os juizes não podem, de facto, exprimir uma vontade própria mas apenas limitar-se a determinar com rigor a vontade contida nos documentos legais que interpretam”. GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juizes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 104/5.

mais acima: se a interpretação final sobre o direito é competência exclusiva do Poder Judiciário, mas ao mesmo tempo algumas matérias jurídicas seriam enfrentadas exclusivamente pelos Órgãos Orbitais, sem a participação do Judiciário, como seriam solucionados os *hard cases* nos processos tramitando nos Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural?

Sem embargo, como alternativa para enfrentar a problemática dos *hard cases*, o que inevitavelmente deve ocorrer na Jurisdição Plural diante da atual realidade complexa da sociedade, a União Europeia - UE - nos fornece um importante **instrumento de integração** que pode ser utilizado analogicamente para superar eventual dificuldade da Jurisdição Plural com relação ao pronunciamento jurídico por Órgãos Orbitais nos casos difíceis diante de eventual dúvida existente no órgão público sobre a interpretação do direito a ser aplicado, de modo a assegurar a sua plenitude mesmo nas decisões jurídicas tomadas fora do Poder Judiciário, denominado “**reenvio prejudicial**”.²⁶⁷⁵

Conforme exposto anteriormente, a União Europeia é uma união política e econômica composta por Estados-membros situados na Europa. Essa comunidade é regida por um direito próprio – comunidade de direito –, e atua por meio de instrumentos jurídicos legalmente constituídos. Os direitos nacionais dos respectivos Estados-membros precisam estar em consonância com o direito supraestatal da comunidade. Na consecução desse objetivo, a atividade do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁶⁷⁶, voltada à correção dos erros de aplicação e de interpretação desse direito pelos tribunais funcionalmente europeus dos Estados-membros, é de extrema valia no processo de preenchimento das lacunas do sistema jurídico

²⁶⁷⁵ A exposição teórica sobre o reenvio prejudicial constou anteriormente também na dissertação de mestrado no próprio autor, e com base nela foi desenvolvida a presente narrativa, com ligeiras adaptações. Conteúdo, portanto, não inédito e publicado anteriormente.

²⁶⁷⁶ Para compreender essa sistemática entabulada no continente europeu é necessário observar a realidade com os preceitos contemporâneos atualizados, pois classificar o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, dotado de ampla competência que vai desde a fiscalização do cumprimento de obrigações dos Estados-membros até o controle dos atos dos próprios órgãos da União, está fora dos parâmetros tradicionalmente estabelecidos, acarretando uma severa dificuldade de subsumi-lo a qualquer categoria em que os tribunais são normalmente qualificados, sejam eles internacionais, constitucionais ou administrativos. QUADROS, Fausto de *et al.* **Contencioso da União Europeia**. p. 48.

apresentadas pelo processo de integração, acarretando, quando necessário, a “desaplicação e eliminação do direito nacional contrário ao direito da UE e dos Estados-membros pela violação do direito da UE”.²⁶⁷⁷

A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia em conjunto com os tribunais funcionalmente europeus – Poder Judiciário dos Estados-membros – é essencial à manutenção e uniformidade da ordem jurídica, evitando, assim, que os Estados-membros possam unilateralmente rejeitar atos jurídicos da União ou esvaziar o conteúdo normativo de seus preceitos ao condicionar a aplicação do direito da União à verificação da pertinência com interesses locais. O direito da União objetiva, com isso, a integração das ordens jurídicas nacionais, vinculando os órgãos estaduais e os particulares às normas europeias.²⁶⁷⁸

O exercício da Jurisdição na União Europeia não se limita ao seu respetivo Tribunal de Justiça – e órgãos adjacentes –, pois a estrutura organizacional é muito mais ampla, compreendendo os tribunais nacionais de todos os Estados-membros, que formam os tribunais comuns de direito comunitário ou, como mencionado, tribunais funcionalmente europeus²⁶⁷⁹. Dessa forma, o Tribunal de Justiça da União Europeia está longe de esgotar o sistema jurisdicional da União Europeia, pois os tribunais dos respectivos Estados-membros “desempenham um papel fulcral nesse sistema, enquanto verdadeiros tribunais comuns da UE, a quem cabe aplicar em primeira linha o direito que dela emana”²⁶⁸⁰.

Assim, o intérprete máximo do direito da União Europeia – TJUE – compartilha harmonicamente a aplicação desse direito com os tribunais dos

²⁶⁷⁷ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 479.

²⁶⁷⁸ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 58 e 63.

²⁶⁷⁹ “A estrutura jurisdicional da União Europeia não se limita, no entanto, a estes órgãos. Pode continuar a dizer-se que também os órgãos jurisdicionais nacionais dela fazem parte como, utilizando uma difundida designação, ‘tribunais comuns de direito comunitário’ ou ‘tribunais funcionalmente europeus’. Assim se compreende que, no mesmo artigo 19º, n.º 1 TUE – Lisboa, se consagre agora que os ‘Estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União’” GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. p. 223.

²⁶⁸⁰ PIÇARRA, Nuno. **Revista do Ministério Público 133 – ano 34: Sobre a repartição de Competência no Tribunal de Justiça da União Europeia**. p.13.

Estados-membros que, por intermédio de seus juízes nacionais, atuam como se fossem juízes ordinários da própria comunidade, tendo em vista que, na prática, são eles os primeiros a se deparar com casos concretos que necessitam da aplicação das disposições normativas comunitárias²⁶⁸¹, constituindo os tribunais funcionalmente europeus em uma importante ferramenta para a efetivação e o desenvolvimento do direito europeu, solidificando a integração e a cooperação das instâncias jurisdicionais europeias e nacionais²⁶⁸².

O direito da União Europeia goza de primazia e efeito de aplicação imediata sobre o direito nacional dos Estados-membros, portando características *sui generis* que o diferenciam dos direitos interno e internacional. O direito da União pode gerar a “preempção”, e não a invalidade do direito nacional naquilo que o contrarie. O direito da União também pode criar direitos e obrigações aos particulares. O juiz nacional, com essas premissas, não controla a validade interna do direito comunitário, mas pode “desaplicar o direito interno contrário ao direito da UE e [...] interpretar o direito interno em conformidade com o direito da UE. Para isso os mesmos seguem a jurisprudência do TJUE²⁶⁸³”, garantindo, assim, a “coerência do sistema, a sua perenidade e o seu dinamismo²⁶⁸⁴”.

Dessa maneira, os tribunais funcionalmente europeus podem, por intermédio dos instrumentos jurídicos disponibilizados pelos próprios ordenamentos nacionais, recusar prontamente a aplicação do próprio direito nacional que esteja em evidente desconformidade com a normatização comunitária ou, quando houver dúvida acerca de determinada controvérsia em que haja a necessidade de esclarecer qualquer obscuridade proveniente do direito da União Europeia, recorrer

²⁶⁸¹ SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 96.

²⁶⁸² MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 480.

²⁶⁸³ MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 65.

²⁶⁸⁴ “A coerência do sistema, a sua perenidade e o seu dinamismo dependerão, em muito – ou até no essencial – da concretização judicial, e antes de tudo da actuação do juiz nacional que se coloca na arquitectura judicial europeia como o instrumento primeiro da realização do direito europeu. A reordenação da Europa das jurisdições tem, por isso, de repousar nas jurisdições nacionais – não apenas na proclamação simbólica do juiz nacional como primeiro juiz comunitário, mas na consideração efectiva das jurisdições nacionais na centralidade real da jurisdição da União e do seu direito” GASPARD, António Henriques. **O futuro da Justiça Europeia**. p. 20.

ao instituto do reenvio prejudicial²⁶⁸⁵, instando o Tribunal de Justiça da União Europeia a participar da controvérsia naquele caso concreto que está sendo julgado, clarificando a interpretação do respectivo conteúdo.

O reenvio prejudicial está situado no âmbito de colaboração entre os tribunais nacionais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça da União Europeia e possui a finalidade²⁶⁸⁶ primordial de assegurar a interpretação uniforme na aplicação do direito comunitário²⁶⁸⁷. É um mecanismo jurídico-processual que possibilita a uma Jurisdição nacional questionar o Tribunal de Justiça da União acerca da interpretação e validade do direito comunitário, solucionando eventual controvérsia jurídica centralizada em torno de uma norma da União a ser aplicada em um processo nacional em curso.

O reenvio prejudicial não é um recurso, mas sim uma mera *consulta*, lastreada no princípio da cooperação ativa entre as jurisdições nacionais e da União, sem formalidades específicas a serem preenchidas pelos juízes dos Estados-membros²⁶⁸⁸. A dúvida pode emergir tanto do juiz quanto das partes, mas a

²⁶⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:C2012/326/01>. Acesso em: 15 jun. 2020.

Artigo 267.º: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

²⁶⁸⁶ “O reenvio prejudicial é o procedimento segundo o qual as jurisdições nacionais, no decorrer do processo, podem ou devem recorrer ao juiz comunitário para solicitar a resolução de uma questão de direito, necessária à solução do litígio. Destina-se, portanto, a proporcionar aos órgãos jurisdicionais nacionais a possibilidade de recorrer ao TJCE para esclarecer questões de direito comunitário ou verificar sua legalidade. Nos termos do art. 234, TCE, o objetivo do reenvio é garanti interpretação uniforme do direito comunitário e, conseqüentemente, a unidade da ordem jurídica”. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 266.

²⁶⁸⁷ SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. p. 97.

²⁶⁸⁸ O Caso Bosch, de 1962, apresentou questão prejudicial acerca da necessidade ou não de preenchimento de requisitos de forma por parte do juiz nacional na formulação do reenvio

utilização do instrumento é ato discricionário do juiz, salvo se o pronunciamento jurídico for em última instância, ocasião em que o reenvio será obrigatório²⁶⁸⁹. Durante a tramitação do reenvio prejudicial no Tribunal de Justiça da União Europeia, o processo de origem fica suspenso aguardando o desfecho jurídico a ser dado pela corte de justiça. “Uma vez sentenciado, o reenvio dará lugar à formação de jurisprudência relativa ao tema, impelindo todos os órgãos jurisdicionais internos a julgarem em conformidade com o teor da decisão prejudicial²⁶⁹⁰”, e a decisão passa a ser vinculativa não somente para o caso concreto, mas para todas as jurisdições nacionais (*erga omnes*, inclusive perante as Instituições).

O Tribunal de Justiça não se manifesta sobre os fatos ou o mérito da causa, apenas sobre a questão de direito suscitada pela Jurisdição nacional, apresentando a sua interpretação inspirada no direito comunitário e nos princípios integracionistas²⁶⁹¹. O Tribunal de Justiça não pode produzir o *non liquet*, mas pode rejeitar a consulta efetuada pelo juiz nacional por meio do reenvio prejudicial se concluir que a questão não integra a sua esfera de competência ou se a consulta é impertinente. De todo modo, não cabe ao Tribunal de Justiça anular ou reformar os

prejudicial. O TJUE decidiu que “o Tratado não prevê nem explícita nem implicitamente a forma em que o órgão jurisdicional nacional deve apresentar o seu pedido de decisão prejudicial”, sendo “lícito ao juiz nacional redigir o seu pedido de uma forma directa e simples, que apenas deixa ao Tribunal de Justiça o cuidado de decidir sobre o pedido nos limites da sua competência, isto é, apenas na medida em que compreenda questões de interpretação do Tratado”. Como se pôde observar, o Tribunal de Justiça da União Europeia – ainda naquela época organizado como TJCE –, ao acolher o reenvio prejudicial no julgamento do Caso Bosch, reconheceu a ausência de fórmula ou requisitos a serem preenchidos pelo juiz nacional quando este confecciona o seu questionamento. Das palavras registradas naquela corte, conclui-se que o magistrado do Estado-Membro dispõe de ampla liberdade para formular o seu pedido de forma directa e simples. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Caso Bosh vs. França. Processo 13/61**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61961CJ0013&from=EN>. Acesso em: 10 fev. 2015.

²⁶⁸⁹ “A obrigação de reenvio que impende sobre o tribunal que intervenha no caso sem admissibilidade de recurso (art. 267.º TFUE) é entendida como referindo-se ao tribunal que, em concreto, decida em última instância. A mesma reforça a ideia de que os tribunais nacionais não devem decidir sobre a validade e a interpretação à margem das decisões autorizadas do TJUE. Considerando que o direito da UE toca directamente as mais variadas áreas, isso representa uma substancial redução da soberania nacional. [...] A violação do dever de reenvio, por parte de um tribunal nacional, configura um incumprimento do direito da UE, acionável por via do artigo 258.º TFUE, para além de representar uma violação ao princípio do juiz legal e do direito a um julgamento justo”. MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia**. p. 66.

²⁶⁹⁰ SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. p. 98.

²⁶⁹¹ SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. p. 98.

atos da Jurisdição nacional – não obstante a resposta jurídica apresentada pelo Tribunal seja vinculativa.²⁶⁹²

Trazendo a temática para a presente pesquisa, o **Poder Judiciário** representaria na Jurisdição Plural o que o **Tribunal de Justiça** representa na União Europeia. Os **Órgãos Orbitais** representariam na Jurisdição Plural o que os **tribunais dos Estados-membros** representam na União Europeia. O **reenvio prejudicial** seria a ponte de **ligação e integração** entre o Poder Judiciário e os Órgãos Orbitais na Jurisdição Plural, como faz na relação entre o Tribunal de Justiça e os tribunais dos Estados-membros na União Europeia.

Dessa forma, se observarmos a sistemática exitosamente desenvolvida na União Europeia para tratar sobre a validade e interpretação do direito comunitário, de forma semelhante ao que ocorreria entre o Poder Judiciário e os Órgãos Orbitais ao exercerem a Jurisdição em sua dimensão jurídica, teríamos um instrumento jurídico disponível para superar eventuais barreiras argumentativas impostas ao desenvolvimento da Jurisdição Plural nos Órgãos Orbitais, notadamente diante dos *hard cases*.

Ao mesmo tempo, **princípios e valores essenciais** ao Estado constitucional, como segurança jurídica, democracia, constituição, equilíbrio entre poderes, manutenção do ordenamento jurídico, observação dos direitos fundamentais, dentre outros, restariam preservados, pois continuariam direta (reserva do Judiciário) ou indiretamente (reenvio prejudicial) sob a tutela do Poder Judiciário sempre que este fosse instado não apenas pelo julgador orbital, mas também pelas próprias partes. Além disso, o reenvio prejudicial consistiria em valoroso instrumento de **potencialização da independência e imparcialidade** do julgador orbital que eventualmente poderia sofrer assédio político nas repartições públicas burocráticas, preenchendo as duas eventuais lacunas que poderiam

²⁶⁹² “Faz-se mister que não se trata de um recurso de cassação, uma vez que se ancora nos princípios de cooperação, não se traduzindo, portanto, em relação hierárquica entre as ditas jurisdições”. SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. p. 97.

emergir da reserva do Judiciário (o que julgar?) e da independência do julgador (como julgar?).

10.1.2 Jurisdição Plural: construção da decisão jurisdicional integrativa coparticipativa multicêntrica a partir do reenvio prejudicial

Devidamente planificada a sistemática do reenvio prejudicial no direito da União Europeia, entre Tribunal de Justiça da União Europeia e juízes dos Estados-membros – Jurisdição supranacional e Jurisdições estatais –, todas as características acima mencionadas sobre o respectivo funcionamento seriam igualmente observadas na Jurisdição Plural.

As decisões dos Órgãos Orbitais estariam revestidas dos efeitos da coisa julgada, da mesma forma que as sentenças proferidas pelos juízes e tribunais dos Estados-membros na União Europeia; inexistindo consulta por meio do reenvio prejudicial no decorrer da tramitação processual nos Orbitais, encerraria qualquer possibilidade de reapreciação jurídica merital posterior, inclusive pelo Poder Judiciário (salvo uma nulidade absoluta – vide capítulos 8 e 9). No tocante à competência, os bens e valores especialmente protegidos em um Estado permaneceriam sob a tutela da reserva do Judiciário, assim como o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia possui o poder de dizer a primeira ou a última palavra sobre o direito em determinados temas de especial relevância dentro do sistema europeu.

A consulta realizada por meio do reenvio prejudicial, aplicada à Jurisdição Plural, serviria igualmente para sanar dúvida²⁶⁹³ acerca de determinada controvérsia em que haja a necessidade de esclarecer qualquer obscuridade acerca da interpretação e validade do direito, assegurando a interpretação uniforme na respectiva aplicação. O reenvio prejudicial consistiria em um instrumento jurídico auxiliar tanto do julgador quanto das partes, e seria remetido ao Poder Judiciário por

²⁶⁹³ A prática responderia se o instituto poderia ser utilizado também de maneira mais ampla em uma Jurisdição coparticipativa e integrada, servido a “consulta” também para fins mais amplos.

ato discricionário do julgador orbital, salvo se o pronunciamento jurídico for em última instância, ocasião em que o reenvio será obrigatório.

Assim, é preciso esclarecer que o reenvio prejudicial é um **instrumento acessório** e não necessariamente obrigatório de integração para o funcionamento da Jurisdição Plural, por isso em regra os pronunciamentos judiciais pretéritos também poderiam ser fonte de esclarecimento para a construção da decisão orbital – com relação aos *easy cases*, por exemplo, poderia ser utilizada a jurisprudência do Poder Judiciário existente anteriormente à consulta para o deslinde da controvérsia, assim como outras fontes admitidas em cada ordenamento jurídico²⁶⁹⁴.²⁶⁹⁵ Afinal, com o advento do “pós-positivismo, a atuação administrativa²⁶⁹⁶ deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, mas também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais”, observando o conjunto normativo do ordenamento jurídico, em conformidade ao princípio da juridicidade que exige a conformidade da letra fria da lei ao direito²⁶⁹⁷, exigindo-se, além da adequação, compatibilidade com o “bloco de legalidade”.²⁶⁹⁸

Em complemento, cumpre destacar efusivamente que o instituto do reenvio prejudicial não seria uma forma de controle sobre a Jurisdição burocrática, mas sim unicamente um **instrumento jurídico coparticipativo de integração**, fundado em uma modalidade sofisticada de exercício da Jurisdição voltada ao

²⁶⁹⁴ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 67.

²⁶⁹⁵ Por exemplo: “Com relação à jurisdição que suscitou a questão prejudicial, o acórdão possui força jurídica obrigatória, impondo-se ao juiz do reenvio. Este último deve aplicar a interpretação comunitária ao caso concreto ou afastar a aplicação do ato declarado inválido. O efeito do acórdão é, em regra, retroativo. No que tange às outras jurisdições nacionais supremas, essas ficam dispensadas da obrigação de reenvio, devendo aplicar o entendimento do TJCE acerca da questão em juízo. Serve, dessa forma, de precedente para processos similares”. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. in: COSTA, Thales Morais da (coord). *Introdução ao direito francês*. p. 267.

²⁶⁹⁶ Empregada aqui em sentido amplo, como “atividade estatal”, abarcando, por consequência, também a atuação dos Órgãos Orbitais.

²⁶⁹⁷ “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito” – inciso I do § único do artigo 2º. BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

²⁶⁹⁸ “O princípio da juridicidade confere maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e deve pautar-se pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. p. 0.

século XXI, muito distante daquela concepção formalista observada desde a sedimentação do Estado constitucional do século XVIII.

Enfim, conforme o modelo europeu exposto, adaptado à Jurisdição Plural, o julgador do Órgão Orbital, ou os demais atores processuais envolvidos (partes), todos fundados no “princípio da cooperação entre as jurisdições”, poderiam se socorrer, no caso de dúvida sobre validade e a interpretação do direito, aos juízes do Poder Judiciário, por intermédio de uma “consulta”, para esclarecer situação ainda não enfrentada pela jurisprudência e que exija a manifestação judicial naquele caso concreto – *hard cases*. A partir de então, a interpretação dada ao direito pelo Poder Judiciário poderia ser aplicada com efeitos *inter partes* – no caso da consulta se limitar ao esclarecimento do juiz de primeiro grau, por exemplo –, ou eventualmente se expandir de maneira vinculante *erga omnes*, no caso de haver pronunciamento dos tribunais judiciais competentes em grau de recurso ou de competência originária – também em forma de súmula vinculante ou de precedente, como observados respectivamente na *civil* e na *common law*.

Dessa forma, o instituto do reenvio prejudicial atuaria na Jurisdição Plural sob inúmeras vertentes: na *primeira* delas, como destacado, o reenvio prejudicial serviria como mecanismo auxiliar de **consulta** disponível aos julgadores e partes para dirimir relevante e determinante *dúvida sobre o direito* que possa interferir no desfecho da causa, tanto do direito material quanto eventualmente do direito procedimental. Isso aumentaria a segurança jurídica, geraria agilidade processual e principalmente economia aos cofres públicos ao possibilitar a *integração jurisdicional no decorrer do processo*, e não somente após ter sido encerrado ele por completo – quando normalmente ocorre quando o Poder Judiciário detém a última palavra.

A *segunda* vertente estaria sedimentada no fato do **controle da interpretação definitiva sobre o direito** estatal estar a cargo do Poder Judiciário, de maneira idêntica ao que ocorre no direito da União Europeia com relação ao seu Tribunal de Justiça. E da mesma forma que a Jurisdição da União Europeia não se sobrepõe à Jurisdição dos Estados membros, a Jurisdição do Poder Judiciário não

deverá se sobrepor à Jurisdição dos Órgãos Orbitais. Eventual controle sobre a interpretação do direito de nenhuma forma retira a autoridade ou desnaturaliza a condição de função jurisdicional exercida na Jurisdição Plural. A última palavra sobre a interpretação do direito seria uma espécie de reserva formal e abstrata do Judiciário, a partir do escopo vislumbrado na dimensão político-jurídica (capítulo 8), não se confundindo com a distribuição orbital e adequada de competências entre os órgãos públicos, ou com o escopo de pacificação daquele conflito concreto, de acordo com a finalidade da dimensão social da Jurisdição.

A *terceira* vertente derivaria a partir da conjugação dos dois pontos acima destacados, pois, possivelmente ao lado da ausência de independência do julgador, a segurança jurídica²⁶⁹⁹ tem sido um dos principais fatores a impedir a proliferação da função jurisdicional em outros órgãos públicos para além do Poder Judiciário – tomando a Jurisdição una como pressuposto. Ocorre que, com a adoção do instituto do reenvio prejudicial, a **segurança jurídica** tenderia a aumentar, ao menos sob dois aspectos.

O primeiro, conforme atentamente abordado, seria que a *interpretação e coerência do direito* continuaria sendo mantida pelo Poder Judiciário; cláusulas abertas e o controle de constitucionalidade²⁷⁰⁰, somados a quaisquer outras dúvidas eventualmente existentes no caso concreto sobre o direito em tese, poderiam ser dirimidas por meio da consulta, efetuada pelo julgador e pelas partes.

²⁶⁹⁹ “O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. [RE 646.313 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 18-11-2014, 2ª T, DJE de 10-12-2014].” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 646.313**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7450363>. Acesso em: 1 jun. 2020.

²⁷⁰⁰ Em um primeiro momento, não estaria vedado o controle de convencionalidade pelos Órgãos Orbitais; se a parte discordar da interpretação, poderá utilizar a consulta ao Judiciário por meio do reenvio prejudicial.

O segundo, e bastante relevante, seria a agilidade e a manutenção dos pronunciamentos jurídicos hoje considerados “administrativos” ao estarem dotados dos efeitos da coisa julgada, mas não sem contar com a *participação incidental do Judiciário na formação da decisão*, quando necessário; não se repetiria o grave problema social atualmente existente do postulante buscar, quase de modo perpétuo, uma nova solução jurídica advinda do Estado, desprezando por completo a anterior, até que se satisfaça com o desfecho processual ou não mais tenha a quem recorrer. A decisão do Órgão Orbital estabilizaria juridicamente a demanda, e socialmente o conflito, sem possibilitar infundáveis revisões sobre revisões jurídico-estatais, notadamente diante da segurança trazida ao processo pela utilização do reenvio prejudicial nos casos difíceis.²⁷⁰¹

Não veríamos mais o que hoje ocorre com a decisão que é considerada administrativa: o controle (decisão administrativa), do controle (revisão administrativa), do controle (juiz), do controle (tribunal), e sobre esses controles, eventual outro controle por meio de recursos aos tribunais superiores, tudo isso em uma Jurisdição que seria competente para analisar bens jurídicos “disponíveis” – tendo em vista que na Jurisdição Plural os principais bens estariam aos cuidados da reserva do Judiciário e distantes dos Órgãos Orbitais –, e em muitas vezes a palavra final depois de esgotados todos os recursos serviu apenas para confirmar aquela primeira decisão.

Isso poderia ensejar o reconhecimento de uma quarta vertente, consistente na **economia** que a Jurisdição Plural devidamente sistematizada poderia conferir aos cofres públicos evitando a repetição de procedimentos desnecessários.

A quinta vertente emerge na utilização do reenvio prejudicial como fator de multiplicação da **independência e imparcialidade** do julgador orbital ao afastar as indevidas ingerências políticas, por vezes escusas, que ocorrem na esfera

²⁷⁰¹ Permitir o requestionamento da decisão, retirando dela o caráter de imutabilidade, aumentaria a segurança das relações jurídicas em sociedade? Qual seria a utilidade jurídica da primeira decisão diante de uma resposta positiva?

burocrática estatal, possibilitando a construção da sentença orbital de acordo com a Jurisdição do Estado constitucional democrático, diante da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo em tramitação do Órgão Orbital.

A sexta vertente consistiria no auxílio que o Judiciário poderia dar naquelas situações em que a competência para o julgamento da matéria seria do Órgão Orbital, mas os comandos processuais para a **efetivação de determinadas medidas** invasivas, especialmente sobre direitos fundamentais, estivessem inseridas na “reserva do Judiciário”, como, por exemplo, uma busca e apreensão determinada pelo Orbital a ser cumprida dentro da casa do indivíduo, ocasião em que o reenvio prejudicial seria utilizado como instrumento complementar para aportar incidentalmente a devida ordem judicial, em qualquer fase do processo, seja ela de conhecimento ou execução – a “consulta”, nesse caso, converter-se-ia em “pedido”, que poderia ser bastante simplificado, sem desnaturalizar o instituto – como ocorre, por exemplo, no Tribunal das Águas de Valência²⁷⁰².

Na sétima vertente, o reenvio prejudicial também seria uma alternativa de grande utilidade especialmente naqueles Estados que não permitem o **controle de constitucionalidade** difuso. Nesse campo, sem embargo, como preceitua Häberle, a ampliação²⁷⁰³ dos legitimados ao exercício do controle de constitucionalidade como tendência contemporânea pode ser denominada como um fenômeno da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição²⁷⁰⁴”, onde não seria possível limitar

²⁷⁰² Vide, nesse campo, o funcionamento do Tribunal das Águas de Valência, que, apesar da Jurisdição plena dentro da sua competência, encontra limitações para a efetivação de parte de suas decisões, tendo que recorrer ao Poder público em determinadas situações, conforme exposto no fim do capítulo seis da presente pesquisa. É apenas um exemplo para o funcionamento do reenvio prejudicial com relação à competência jurisdicional, sem desnaturalizar o procedimento oral existente no aludido Tribunal, não obstante o reenvio prejudicial prezar igualmente pela informalidade e agilidade.

²⁷⁰³ “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normatiza amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘*Trial ad error*’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. p. 42.

²⁷⁰⁴ “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de

um grupo fechado ou fixado de intérpretes da constituição, permitindo que a tarefa fosse desenvolvida difusamente na comunidade.²⁷⁰⁵

Para Häberle, na dogmática atual o modelo positivista científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado não poderia mais ser aceito na sociedade, tendo em vista que o intérprete se torna, por diversas vezes, coparticipante do processo de criação do direito, acompanhando o constituinte e o legislador, valorando cláusulas abertas ao realizar escolhas entre as soluções possíveis. Dessa forma, “boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais²⁷⁰⁶”.²⁷⁰⁷

Mas isso nem sempre acontece e, em alguns ordenamentos jurídicos, é possível observar a opção do Poder constituinte em eleger órgãos específicos responsáveis pelo controle de constitucionalidade, muitas vezes de modo exclusivamente concentrado.

Nessa seara, o amplo sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil difere substancialmente de outros grandes modelos existentes no mundo, alguns muito mais limitados. Três grandes modelos para o controle de constitucionalidade podem ser destacados: o americano (*a posteriori* – *in concreto* – juiz individualmente – *inter partes*), o francês (*a priori* – *in abstracto* – tribunal – *erga omnes*) e o alemão (*a posteriori* – *in concreto* – tribunal – *erga omnes*).

O *primeiro* modelo de controle de constitucionalidade é extraído do sistema estadunidense: o controle é realizado *a posteriori*, por via de exceção, e, portanto, *in concreto*, exercido por cada juiz no âmbito de sua própria competência jurisdicional, apresentando características importantes. A primeira delas é que uma

intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 27.

²⁷⁰⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.

²⁷⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 296.

²⁷⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. p. 143.

lei mesmo inconstitucional pode entrar em vigor e produzir efeitos por um longo tempo antes que sua ilegitimidade constitucional seja reconhecida; por segundo, nesse sistema, a decisão do juiz singular ou da corte constitucional que declare a inconstitucionalidade de uma lei não produz efeitos *erga omnes*, mas tão somente circunscritos à controvérsia decidida. Por certo que no sistema estadunidense da *common law* os efeitos da decisão seriam gerais, mas por meios reflexos diante do princípio do *stare decisis*, que confere força vinculante aos precedentes das jurisdições superiores.²⁷⁰⁸

Se na *common law* a barreira do controle difuso é contornada pelo princípio da *stare decisis*, o entrave persiste quando Estados adotantes da *civil law* optam por também inserir em seu ordenamento jurídico de modo exclusivo o controle de constitucionalidade aos moldes dos Estados Unidos, acarretando, com isso, a multiplicidade de legitimados a declarar a inconstitucionalidade de leis sem que haja uma palavra final a respeito²⁷⁰⁹, ocasionando a hipótese paradoxal de uma mesma lei ser considerada constitucional por um juiz e inconstitucional por outro, gerando enorme insegurança jurídica.

Observando o modelo estadunidense naquilo que se relaciona com a Jurisdição Plural, bastante amplo e que permitiria o controle de constitucionalidade pelos Órgãos Orbitais, o que seria positivo em uma sociedade aberta aos intérpretes, acarretaria, no entanto, um efeito negativo diante dos recursos das respectivas decisões dos Órgãos Orbitais não serem submetidos ao Poder Judiciário, o que inviabilizaria que temas situados naquelas competências chegassem difusamente às cortes superiores para que, a partir de então, fossem

²⁷⁰⁸ Modelos descritos a partir de: GUASTINI, Riccardo. **La 'constitucionalización' del ordenamento jurídico: el caso italiano**. In.: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid: Trotta, 2009. p. 49-73.

²⁷⁰⁹ "Ulteriores inconvenientes do método 'difuso' de controle, porque concretizado em ordenamento jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo". CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**, 1984, p.76. *Apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**, 1999, p. 84.

conferidos efeitos vinculantes *erga omnes* à interpretação do direito – por meio de precedentes ou súmulas vinculantes. O instituto do reenvio prejudicial contornaria essa limitação.

O *segundo* modelo é o francês, onde existe um controle preliminar realizado *a priori* que impede, por via de ação, que uma lei inconstitucional entre em vigor, portanto, *in abstracto*, exercido por um tribunal constitucional. O inconveniente do controle *in abstracto* desse modelo é que não se pode assegurar uma total conformidade das leis com a constituição, já que os possíveis efeitos de inconstitucionalidade de uma lei nem sempre podem ser determinados plenamente sem a sua confrontação com o caso concreto.

Na França²⁷¹⁰, por exemplo, em regra, quem realiza o controle de constitucionalidade com exclusividade é o Conselho Constitucional, de ofício ou mediante provocação de legitimados²⁷¹¹, órgão de caráter jurisdicional mas não inserido formalmente na estrutura do Poder Judiciário. Antes da promulgação, a lei é enviada ao órgão, que declara, de modo vinculativo, a sua constitucionalidade ou não.²⁷¹² Somente a partir de 2008 a França passou a permitir o controle repressivo de constitucionalidade de lei, que pode ocorrer em qualquer grau de Jurisdição mediante a provocação do juiz ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação para que estes instem o Conselho Constitucional francês a se manifestar sobre a questão por meio de uma consulta formatada de maneira semelhante ao instrumento jurídico do reenvio prejudicial.²⁷¹³

²⁷¹⁰ BRAGA, Valeschka e Silva. *in*: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. p. 524/5 e p. 544.

²⁷¹¹ “ARTIGO 61º-1. Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado”. FRANÇA. **Constituição**.

²⁷¹² Sالدانها, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7141>. Acesso em: 27 mar. 2020.

²⁷¹³ “ARTIGO 61º-1. Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio

O reenvio prejudicial poderia servir nesse modelo francês como a ponte entre o caso concreto enfrentado pelo Órgão Orbital e o Poder Judiciário para a realização do controle de constitucionalidade; o Órgão Orbital consultaria o juiz que, em entendendo pertinente o questionamento, remeteria à corte correspondente.

No *terceiro* modelo, adotado por Alemanha, Itália, Espanha²⁷¹⁴ e outros, há um controle *a posteriori*, por via de exceção, e, dessa forma, *in concreto*, exercido por um tribunal constitucional. Esse tipo de controle, *a posteriori*, não impede a entrada em vigor de leis inconstitucionais, mas a decisão posterior da corte constitucional estará dotada de efeitos *erga omnes*, sendo a lei expurgada de maneira definitiva sem poder ser aplicada por nenhum outro juiz.

O modelo alemão²⁷¹⁵, de modo específico, foi constituído de maneira espelhada no modelo austríaco fortemente influenciado por Kelsen²⁷¹⁶. “Nesse modelo os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais. Porém, o Tribunal Constitucional só poderá analisar questões constitucionais quando provocado por órgãos políticos”.²⁷¹⁷

Prevê o modelo alemão o controle de constitucionalidade abstrato e difuso das normas, onde, em linhas gerais, os juízes²⁷¹⁸ podem cotejar a

de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado”. FRANÇA. **Constituição**.

²⁷¹⁴ “Con ello, aunqye que el Juez viene a actuar como garante natural de la Constitución, por ser el normalmente llamado a aplicar la ley y el resto del ordenamiento jurídico, no es el garante ultimo de ésta, con o que la ley, aún la inconstitucional, mantiene su condición de irrefragable a salvo de lo que resuelva, en su caso, el Tribunal Constitucional”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 84, em nota de rodapé.

²⁷¹⁵ GOMES, Frederico Barbosa. **O modelo alemão de controle de constitucionalidade**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 153-180, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e1ff91a8c7b5ca24065fefa82261ff0b.pdf>. Acesso: 17 mar. 2020.

²⁷¹⁶ Kelsen foi um firme partidário de um constitucionalismo conciso, circunscrito ao estabelecimento de normas de competência e de procedimento, isto é, a uma ideia de constituição como “*norma normarum*”, como norma reguladora das fontes do direito e, com isso, reguladora da distribuição e do exercício do poder entre os órgãos estatais – preocupação com a forma, como a fonte do direito positivado, e não tanto com o conteúdo. SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. p. 127.

²⁷¹⁷ SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**.

²⁷¹⁸ “[...] los jueces no pueden dejar de aplicar una ley al texto constitucional y, en caso de llegar a un juicio negativo, plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional como

inconstitucionalidade das leis, mas somente o Tribunal Constitucional Federal alemão poderá declarar a respectiva inconstitucionalidade.²⁷¹⁹ Assim, o controle difuso é realizado por meio da questão de constitucionalidade, que é aferida pelo juiz durante a tramitação da ação e, quando considerar uma lei inconstitucional, deverá suspender o curso do processo e submeter a questão à corte constitucional.²⁷²⁰

Dessa forma, o Tribunal Constitucional alemão julga tão somente a questão constitucional, sem adentrar ao mérito do processo, “configurando, assim, uma função que não seria propriamente judicial, mas sim, nos expressos termos de Kelsen, de legislação negativa²⁷²¹”²⁷²², devolvendo a resolução do mérito para o juiz da causa – aliás, de modo bastante semelhante ao que ocorre com o instituto de reenvio prejudicial.

Nessa situação, o reenvio prejudicial serviria na Jurisdição Plural como integração entre a Jurisdição de “Poder político” (Judiciário) e a de “Poder burocrático” (Orbital), permitindo que o juiz – ou o “tribunal” –, agente político devidamente legitimado, levasse o tema jurídico considerado inconstitucional até a suprema corte, para que a interpretação final sobre o tema detivesse efeitos vinculantes *erga omnes*, prerrogativa que não estaria disponível ao agente burocrático. Sem o reenvio prejudicial, situações concretas teriam dificuldades de ser enfrentadas pelas cortes constitucionais diante da inexistência de recurso judicial contra o conteúdo merital das decisões orbitais.

Assim, do ponto de vista do controle de constitucionalidade, dependendo do sistema a ser adotado em cada Estado, o Órgão Orbital poderia realizar um

*supremo intérprete de la Constitución y órgano de jurisdicción concentrada que es”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 84/5.*

²⁷¹⁹ SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**.

²⁷²⁰ ROMANO, Rogério Tadeu. **O modelo constitucional alemão**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5710, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71877>. Acesso em: 26 mar. 2020.

²⁷²¹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 155.

²⁷²² “[...] para el Tribunal Constitucional, manteniendo su concepción originaria kelseniana de legislador negativo, le corresponde el monopolio del juicio de validez de la ley conforme a la Constitución”. SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. p. 128.

controle difuso, aplicando a constituição de maneira imediata, conformando a normatização infraconstitucional, ou, entendendo não haver ajuste a ser realizado, tomar a decisão jurídica sem maiores digressões.

Na situação oposta, caso o controle permitido pelo ordenamento jurídico seja unicamente concentrado, os Orbitais “*tienen derecho de examen, pero no de rechazo*”²⁷²³. Por isso, entendendo haver qualquer desconformidade constitucional, os Orbitais acionariam o Poder Judiciário por meio do reenvio prejudicial para que este, enquanto detentor do Poder político relevante, enfrentasse juridicamente a questão – ou instasse, enquanto órgão legitimado, a corte constitucional.

Nos dois modos, seja pelo controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o reenvio prejudicial seria valioso instrumento de “**acoplamento estrutural**”²⁷²⁴ entre as decisões dos órgãos de “Poder político” relevante e de “Poder burocrático” que convivem na Jurisdição Plural. Na primeira hipótese, a consulta a ser realizada pelo Orbital seria equivalente às situações identificadas como *hard cases*. Na segunda, a consulta equivaleria a um instrumento de provocação para que o Poder Judiciário, ou corte constitucional equivalente, realize o controle concentrado de constitucionalidade²⁷²⁵.

Dessa forma, além de auxiliar os Órgãos Orbitais no enfrentamento dos *hard cases* e na manutenção da coerência do ordenamento jurídico em geral, de maneira complementar o instituto do reenvio prejudicial seria destacado mecanismo

²⁷²³ OTTO, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*. p. 71.

²⁷²⁴ “Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e investigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca sua respectiva autonomia”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. p. 35.

²⁷²⁵ Conforme se extrai do sistema italiano, que possibilita um controle de constitucionalidade por meio da via de exceção utilizando um instrumento semelhante ao reenvio prejudicial, o juiz comum não tem o dever de realizar a remessa da questão para a Corte constitucional, mas sim o poder após a realização de uma valoração para verificação se os argumentos aduzidos contra a constitucionalidade da lei são essenciais para o desfecho da causa. Os juízes devem, assim, abster-se de encaminhar à Corte constitucional questões manifesta e evidentemente infundadas ou irrelevantes, exercendo, assim, uma função de filtro e operacionalizando um controle preliminar. GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos. Série derecho*. p. 58/9

também para a **efetivação do direito** contornado pelas normas constitucionais, como exige a Jurisdição contemporânea. Dependendo do modelo de controle de constitucionalidade adotado por cada Estado, o instrumento possibilitaria que o Órgão Orbital realizasse uma consulta ao Poder Judiciário para manter a uniformidade da interpretação constitucional no decorrer do controle difuso, ou possibilitaria instar o órgão político legitimado a realizar o controle concentrado.

Afinal, seriam os julgadores dos Órgãos Orbitais igualmente “agentes conformadores da realidade constitucional²⁷²⁶”, com a única diferença que suas atuações se dariam por outros métodos heterodoxos, ainda que dentro da função jurisdicional do Estado, exercendo “Poder burocrático”, mas não “Poder político”.²⁷²⁷

Feitas essas considerações sobre como o modelo europeu poderia ser viabilizado formalmente nos Órgãos Orbitais, notadamente para suprir as lacunas do sistema da Jurisdição Plural, materialmente ele seria igualmente importante para a **construção da decisão jurisdicional**. Assim, do ponto de vista prático procedimental, recebida a consulta, em regra endereçada pelo Órgão Orbital para aquele órgão Judiciário de primeiro grau que naturalmente seria o competente acaso não houvesse a Jurisdição Plural, o Poder Judiciário poderia *rejeitá-la de plano*²⁷²⁸ se concluísse que a questão não integra a sua esfera de competência ou se for impertinente – destaque-se, nesse ponto, que a rejeição poderia ser imediata, sem necessariamente a abertura do respetivo processo, nem submetida a recurso em caso de negativa.

Aliás, a rejeição de plano de demandas consideradas infundadas não é uma novidade no sistema da *common law*²⁷²⁹. Como destacado por Salles²⁷³⁰, os

²⁷²⁶HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 26.

²⁷²⁷HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 48.

²⁷²⁸ Diante da necessária agilidade exigida pela sociedade do século XXI, eventual análise poderia ser feita pelo juiz local de primeiro grau de jurisdição, não cabendo recurso, salvo quando o tema ainda não tiver sido apreciado pelas cortes superiores e puder formar por meio das decisões colegiadas decisões vinculantes *ultra partes* e *erga omnes*.

²⁷²⁹ “Os sinais de tensão entre estas duas grandes culturas jurídicas são múltiplos. As alterações até

ordenamentos jurídicos inglês e estadunidense possibilitam excepcionalmente o exercício discricionário da Jurisdição, como a prerrogativa de abstenção judicial por meio da “*adjudicatory authority*”, oportunidade em que o pedido do autor poderia ser sumariamente negado, mediante a observação de requisitos determinados. O Código de Processo Civil brasileiro também admite, em determinadas hipóteses, o julgamento de improcedência liminar do pedido²⁷³¹.

Nessa rejeição de plano pelo juiz, deve ser analisada também a responsabilidade daqueles que se valem do instituto para acionar o Judiciário, seja ele o julgador orbital, as partes ou eventuais advogados, para que se evitem lides temerárias. Se a ideia é agilizar e desburocratizar a Jurisdição, é imperioso desenvolver mecanismos apropriados de controle evitando que ela seja utilizada de forma “predatória”.²⁷³² Se não se pode punir a parte, por exemplo, restringindo o acesso dos hipossuficientes condicionando a consulta ao depósito de caução a ser destinada a posterior pagamento de multa por litigância de má-fé, que seja dado o

agora descritas parecem apanhar desprevenida a tradição romano-germânica (ou de direito civil), uma vez que a mundialização dá mostras de favorecer grandemente um alargamento das representações da *common law* (pragmatismo da abordagem, prestígio do juiz, autoridade do precedente, importância do carácter público conferido aos argumentos, confronto das partes). Os meios jurídicos franceses escandalizaram-se recentemente com a publicação de um relatório do Banco Mundial em que, para além de a justiça francesa ficar muito mal posicionada - o que foi considerado uma humilhação pelos franceses - se concluiu, em termos gerais, que os direitos romano-germânicos se mostravam relativamente ineficazes quando comparados aos sistemas de *common law*.” GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. p. 51/2.

²⁷³⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. [Tese de doutorado] Itajaí/SC: UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf>. Acesso em: jun. 2020. p. 116.

²⁷³¹ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

²⁷³² Em 2019, o TJUE recebeu 966 novos processos, dos quais 641 eram reenvios prejudiciais. Foram “apenas” 641 consultas realizadas em toda a União Europeia naquele ano. Ou seja, há condições para o uso racional do instituto. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Annual report 2019. Judicial activity**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/qd-ap-20-001-en-n.pdf>. Acesso em: 4 jul. 20.

merecido destaque à advocacia naquilo que também é sua responsabilidade na função social observada em todo o Estado e sociedade, como não poderia ser diferentemente vislumbrado no caso específico na Jurisdição.²⁷³³

Em outro norte, *aceitando a consulta* e fazendo processar o reenvio prejudicial, o juiz não se manifestaria sobre o mérito da causa, apenas sobre a questão de direito, ainda que por via reflexa se exija a avaliação dos fatos concretos. Quando decidido por um colegiado competente na matéria, formaria a jurisprudência relativa ao tema, passando a ser vinculativa *ultra partes* e *erga omnes*, se assim permitido pelo ordenamento jurídico estatal, como ocorre, por exemplo, nas súmulas vinculantes na *civil law* ou nos precedentes da *common law*. Antes disso, se reconhecida a repercussão geral²⁷³⁴, o Poder Judiciário poderia suspender a tramitação de ações semelhantes tramitando em todos os Órgãos Orbitais até pronunciamento definitivo.

Também nesse diapasão, emergiria uma outra faculdade processual contemporânea, que seria a possibilidade de inaugurar um *processo coletivo*²⁷³⁵ ou até mesmo de efetivar uma *decisão estruturante*²⁷³⁶ a partir do momento em que o

²⁷³³ SILVA, Carlos Roberto da. **A possibilidade da concretização da função social do Estado contemporâneo com a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos na jurisdição brasileira**. [tese de doutorado] Itajaí/SC: UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, 2015. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carlos%20Roberto%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: jun. 20. p. 219.

²⁷³⁴ "As características do instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos. Nesse sentido, essa sistematização de informações destina-se a auxiliar a padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera." SUPREMO TRIBUNAL GERAL. **Sobre a repercussão geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 1 jun. 2020.

²⁷³⁵ "Hasta aquí, y de acuerdo a la acción procesal que se elija, podemos distinguir tres tipos de procesos, cuyas reglas típicas, encausan los litigios. Así, el proceso individual, el proceso consorcial (pasivo y/o activo), y el proceso colectivo. Ya se adelantó, que el litigio estructural está particularmente ligado al proceso colectivo. Se dijo, específicamente, que el proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural [...] las reglas del proceso individual y las del proceso consorcial, presuponen un tipo de casos al que se define como bipolar. En tanto, las reglas del proceso colectivo, presuponen un tipo caso definido como poli-céntrico". PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. p. 49.

²⁷³⁶ "En los litigios que distinguimos como estructurales, los jueces suelen reconocer como causa

direito subjetivo do autor ultrapassasse a esfera de proteção individual e adentrasse ao direito fundamental da coletividade, quando então a competência deixaria de ser do Órgão Orbital e passaria a ser do Poder Judiciário²⁷³⁷.²⁷³⁸ Se houver um Órgão Orbital responsável por esse controle jurisdicional individual, em se identificando que o tema é uma constante, pode o julgador orbital se utilizar do reenvio prejudicial para que o pedido inicialmente particular seja desenvolvido enquanto interesse público na esfera do Poder político da Jurisdição do Poder Judiciário.

É importante frisar, também, nesse contexto, que nada impediria que eventuais transtornos jurídicos encontrados fossem remediados pelos demais Poderes do Estado, tanto o Executivo como o Legislativo²⁷³⁹, com a edição de leis e

*fuelle de la violación de derechos a, por ejemplo, una regla jurídica, una política institucional compuesta de múltiples prácticas, y/o a una condición o situación social. De acuerdo a los términos de la teoría tradicional, el vínculo causal en estos casos se presenta a veces de manera mediata y hasta remota, difusa, multifacética e incluso múltiple". PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. p. 58.*

²⁷³⁷ "Na sociedade brasileira moderna, verifica-se constantes violações dos direitos fundamentais - especificamente os sociais - que são decorrentes, não de atos isolados, mas de reiteradas práticas arraigadas nos tomadores de decisões do Poder Executivo e Legislativo, que descumprem direitos sociais ou deixam de implementá-los. Embora inquestionável que reside, primariamente, como funções típicas do Poder Executivo e Legislativo a função de legislar e implementar políticas públicas, revela-se possível, de forma excepcional, que o Poder Judiciário possa determinar que políticas públicas sejam implementadas, sempre que os detentores dessas funções, diante da sua inércia ou ineficiência vierem a comprometer os direitos fundamentais. Esta concepção só é permitida num ambiente constitucional como o atual, após 1988, no qual se observa uma noção menos rígida da divisão de Poderes". NOGUEIRA, Filipe Bastos; GUEDES, Jefferson Carús. **As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas**. Caderno de Direitos e Políticas Públicas, ISSN a obter, a. 1, v. 1, n. 1, jan/jun, 2019. p. 3. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/9522/8135>. Acesso em: 4 jun. 2020.

²⁷³⁸ Sobre a decisão estruturante: "Como indica sua denominação, busca implantar uma reforma estrutural, a fim de concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública, solucionar litígios complexos ou interesses socialmente relevantes, partindo da premissa que a ameaça à lesão ocasionada não pode ser retirada de cena sem que o ente, a organização ou a instituição seja reconstruído". DIDIER JR., Fredie, *et al.* **Notas sobre as decisões estruturantes**. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./apr. 2017. p. 48-49.

²⁷³⁹ "O direito constitucional, material - vivido -, surge de um número enorme de funções 'corretamente' exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão funcional da interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. p. 44.

regulamentos reformulando normas gerais a serem aplicadas pelos Órgãos Orbitais, de acordo com os comandos constitucionais.²⁷⁴⁰

O Poder Legislativo, democraticamente formado pela sociedade, e o Poder Executivo, executor das políticas públicas, ambos responsáveis pela esfera governamental, juntamente com o Poder Judiciário, exerceriam, portanto, igualmente importante papel para a manutenção da coerência do direito – conforme apontado por Dworkin²⁷⁴¹. Essa responsabilidade, até mesmo em observância ao bem estar social enquanto finalidade da atividade estatal a ser perquirida por intermédio do direito e da Jurisdição, não poderia ser depositada única e exclusivamente em somente um dos Poderes do Estado, pois a criação, inclusive para efetivação dos direitos fundamentais – que é precedente²⁷⁴² –, é tão importante quanto a aplicação do direito.²⁷⁴³

Assim, como é possível perceber, a Jurisdição Plural, sem um **mecanismo de integração** entre a Jurisdição ordinária e a Jurisdição Orbital, poderia se tornar uma Jurisdição claudicante e limitadamente operante diante de diversas restrições ao seu funcionamento. Especialmente pela ausência de diálogo ante a falta de pontes de ligação entre os sistemas jurisdicionais, a teoria

²⁷⁴⁰ “A relevância da questão sobre os diferentes objetivos e métodos dos diferentes participantes demonstra-se com base em alguns exemplos: a *preferred-freedoms-doctrine* e o postulado da self-restraint aplicam-se tão somente à jurisdição, e não à legislação. Nesse aspecto, o problema já foi contemplado por Hesse e Ehmke: se a interpretação constitucional está submetida ao princípio da “correção funcional”, então o órgão que interpreta com base em uma competência específica deve fazê-lo de maneira diversa de outro órgão, dotado de outras competências”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Título original: *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n1env8>. Acesso em: março 2020. p. 50.

²⁷⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 213-332.

²⁷⁴² “Assim como o processo de interpretação constitucional se afigura disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos ‘jurídicos’, assim também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. p. 44.

²⁷⁴³ “A competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça os princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 519.

possivelmente teria menores condições de se efetivar na prática.

Neves, tratando da ausência de comunicação entre sistemas, aponta que problemáticas desse gênero poderiam ser superadas com a existência de **racionalidades transversais** atuantes como **pontes de transição** de conhecimento e experiência entre eles. Esse vínculo seria operacionalizado mediante o **acoplamento estrutural**²⁷⁴⁴ entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, sem retirar de cada um deles a autonomia e a própria integridade. O acoplamento estrutural entre os sistemas autônomos que para Neves se daria por meio da “constituição”, para a Jurisdição Plural ocorreria por intermédio do “reenvio prejudicial”.

Sobre a racionalidade transversal que atuaria como ponte de transição entre os sistemas, Neves ensina que o simples acoplamento estrutural não induz por si só a racionalidade, pois essa exigiria um *plus* visando organizar as complicações desordenadas, mediante a seletividade das influências e partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos, o que, ante o convívio em uma sociedade multifacetada pós-moderna, somente poderia ocorrer diante da alteridade. E é nesse ponto que a participação do juiz ganha especial relevo, colocando-se ele, a partir da **alteridade**, na condição do julgador orbital, observando, identificando e compreendendo a consulta jurídica endereçada ao Poder Judiciário por meio do reenvio prejudicial, articulando juridicamente uma solução para o problema apresentado, construindo material e conjuntamente a solução jurídica adequada ao caso concreto.

Assim, restariam preservados **íntegros** os dois sistemas de Jurisdição, do Judiciário e do Orbital, sem indevida interferência de um sobre outro, respeitando os seus respectivos objetivos e especificidades, mas literalmente **acoplados** por meio das **pontes de transição** fornecidas pelo **reenvio prejudicial**, desenvolvendo ensinamentos e aprendizados mútuos e contínuos, próprios de uma racionalidade

²⁷⁴⁴ “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 37.

transversal, como destacado por Neves – o Judiciário fornecendo o devido auxílio nos *hard cases*, sem, contudo, julgar o mérito da demanda, que continuaria sob a responsabilidade do Orbital.

Esse diálogo altero entre os Órgãos Orbitais e o Poder Judiciário efetivado por meio do reenvio prejudicial não se afastaria em sua essência daquilo que Garapon denominou como **comércio entre juízes**²⁷⁴⁵, que buscam conhecimentos complementares na jurisprudência de outros Estados ou tribunais supranacionais como reforço do argumento jurídico para enfrentar os *hard cases*²⁷⁴⁶ a eles concretamente submetidos.²⁷⁴⁷ "Neste contexto específico, a *jurisdictio* não consiste em assegurar a coerência de um sistema particular, mas sim em apoiar a racionalidade de decisões singulares²⁷⁴⁸". Mas enquanto Garapon trata de um diálogo mundial entre as diversas jurisdições estatais, aqui estaríamos cuidando do diálogo entre as "duas" jurisdições internas, a Jurisdição enquanto "Poder político" (Judiciário), e a Jurisdição enquanto "Poder burocrático" (Órgãos Orbitais).

Garapon aduz que a doutrina utiliza alternativamente as expressões diálogo entre juízes, mundialização judicial ou auditório global, mas que ele prefere o termo comércio entre juízes por apresentar em seu mérito as duas facetas da mundialização do direito, que "é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios,

²⁷⁴⁵ "Ao participar do comércio judicial, o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável. Uma vez que pretende alcançar um grau superior de racionalidade, reveste a sua decisão de um carácter mais universalizável. Neste sentido, a autoridade que reconhece nas decisões estrangeiras não é vinculativa, obrigatória, mas sim persuasiva (*persuasive authority*)". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 73.

²⁷⁴⁶ "É igualmente cada vez mais comum o facto de juízes nacionais nomeados para determinado processo consultarem, por sua livre iniciativa, decisões tomadas pelos seus homólogos estrangeiros a fim de encontrarem a melhor solução possível para o problema em causa. Essa atitude pode ser nomeadamente encontrada em processos considerados muito difíceis, que os teóricos americanos denominam de *hard cases*". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 23.

²⁷⁴⁷ "A função de referência a decisões estrangeiras é múltipla: os juízes procuram, antes de mais, encontrar soluções ou argumentos lógicos, servindo as jurisprudências estrangeiras como uma espécie de manancial de ideias. Mas, para resolverem estes casos de difícil decisão, os juízes procuram igualmente uma base, uma garantia jurídica. À fertilização recíproca, vem, portanto, juntar-se uma busca de legitimidade". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 24.

²⁷⁴⁸ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 73.

e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, cortesias e serenas, uma 'dependência recíproca dos homens'.²⁷⁴⁹

O reenvio prejudicial operacionalizaria simultaneamente uma rede de trocas e intercâmbios entre juízes ordinários e julgadores orbitais, estabelecendo relações jurídicas sólidas, cortesias e serenas, voltadas ao melhor desenvolvimento da Jurisdição, tanto organicamente quanto em relação à construção da decisão jurisdicional na esfera da garantia individual, notadamente para enfrentamento dos *hard cases*, mas localmente e não mundialmente, nas estruturas internas do Estado – ou “glocalmente”²⁷⁵⁰, pois não seriam desprezados os intercâmbios jurídicos planetários preceituados por Garapon^{2751, 2752}

Assim, esse acoplamento estrutural altera ensejador de pontes de transição e viabilizador de uma racionalidade desejada por um comércio entre juízes pertencentes a distintos sistemas jurisdicionais heterogêneos possibilitaria o surgimento de uma decisão jurídica construída a partir de uma **visão multicêntrica do processo**, superando a visão *bilateral* da decisão administrativa – onde o Estado se confunde com a parte – e a tradicional visão *trilateral* da decisão jurisdicional – autor, réu e juiz –, pois a contribuição jurídica decisória contaria com o auxílio do juiz ao julgador orbital, em uma prestação jurisdicional que tem como escopo principal a resolução do conflito jurídico concreto, mesmo que para isso precise inverter ou superar a clássica lógica processual – a construção da decisão estruturalmente multicêntrica na Jurisdição Plural contaria, então, com a participação de **autor, réu, julgador orbital e juiz**.

²⁷⁴⁹ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 9.

²⁷⁵⁰ Junção das palavras global e local.

²⁷⁵¹ "A mundialização da justiça vai-se tornando, cada vez mais, numa dimensão do próprio direito interno, mais sensível que outras a influências extraterritoriais, como a que é exercida pela Europa ou pelo direito internacional humanitário. Por outras palavras, a mundialização da justiça confere poder aos próprios sistemas, que não desaparecem em nome de uma ordem mundial superior". GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 36.

²⁷⁵² GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 9.

Dessa forma, a sentença advinda do Órgão Orbital se consubstanciaria em uma decisão estruturada notadamente a partir da **coparticipação do juiz ordinário** para a sua construção jurídica – quando necessário –, o que seria diferente de todos os sistemas até então conhecidos, em que, em regra, a participação do Poder Judiciário ocorre *posteriormente* ao desfecho do processo “administrativo”, mas não *concomitantemente* – vide, nesse contexto, a classificação de Asimow²⁷⁵³ sobre os processos administrativos, abordada anteriormente no capítulo 6, onde inexistem em qualquer delas decisões coparticipativas multicêntricas, mas tão somente controle judicial posterior sobre elas.

É importante perceber, nesse ponto, a amplitude que o instituto imprimiria à função jurisdicional burocrática, tendo em vista que essa coparticipação não é vislumbrada nem mesmo nos órgãos “quase-jurisdicionais” no modelo de Jurisdição administrativa típico da *common law*, que é bastante restritivo com relação à reapreciação da decisão “administrativa” pelo Poder Judiciário – limitada à legalidade e razoabilidade: e nessa razoabilidade, também está inserida a interpretação sobre o direito, que, como mencionado, ocorre, nesse sistema, apenas posteriormente, e não conjuntamente como se está propondo mediante o uso do reenvio prejudicial.

Talvez enquanto considerada “administrativa” aquela atividade decisória na *common law*, não seria possível imiscuir a Jurisdição naquele procedimento. Mas se os “órgãos administrativos quase-jurisdicionais” dos Estados Unidos ou do Reino Unido se tornassem “Órgãos Orbitais jurisdicionais”, e utilizassem o instrumento do reenvio prejudicial, possivelmente a coparticipação do juiz poderia ensejar a finalização da demanda precocemente naquela esfera processual, sem que fosse necessário dar continuidade ao debate perante o Poder Judiciário.

Nesse campo, Alexy aduz que o direito a procedimentos administrativos e judiciais são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva, notadamente em relação ao direito material do titular de direito fundamental envolvido. Alexy registra

²⁷⁵³ ASIMOW, Michael R. *Five Models of Administrative Adjudication (July 17, 2015)*.

que há dois modelos fundamentalmente distintos para concatenar a relação entre os aspectos procedimentais e materiais de proteção. No primeiro deles, a correlação do resultado depende somente da observação do procedimento²⁷⁵⁴. “Se o procedimento foi realizado de forma correta, então o resultado é correto”, inexistindo um parâmetro independente de correção. No segundo modelo, ao contrário, existem parâmetros independentes do procedimento. O procedimento passa a existir somente como um meio para preencher a margem de discricionariedade.²⁷⁵⁵

Conclui Alexy que somente o segundo modelo seria compatível com a ideia de proteção dos direitos fundamentais. O modelo procedimental, além de não garantir um consenso entre os envolvidos, também não garante que, mesmo quando observado o procedimento, que este alcance um resultado correto com relação aos direitos fundamentais. Há inegavelmente um aumento de probabilidade de um resultado nesse sentido, por isso os procedimentos são necessários como meio de proteção aos direitos fundamentais, mas diante deles isoladamente não se pode abrir mão de um controle judicial da compatibilidade material dos resultados com as normas de direitos fundamentais.²⁷⁵⁶

Por isso, não é demais recordar a substancial importância derivada da transmutação do caráter **administrativo** da atuação desses órgãos “dependentes” para o caráter de função **jurisdicional** dos Órgãos Orbitais independentes (vide capítulo 9), conforme se está propondo aqui para o surgimento de uma Jurisdição Plural.

Sem que haja uma identidade jurisdicional no exercício da atividade funcional desses órgãos, essa coparticipação judicial teria somente o condão de auxiliar preventivamente a solução do conflito jurídico, mas não de impor a ele a sua definitividade, pois não seria tecnicamente viável misturar a função executiva-

²⁷⁵⁴ “Direitos fundamentais são, em alguns aspectos decisivos, não-procedimentais. [...] A ideia de que as exigências dos direitos fundamentais dirigidas ao procedimento não podem substituir suas exigências em relação ao resultado vale para todos os procedimentos jurídicos”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 488/9.

²⁷⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 488/9.

²⁷⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 489-490.

administrativa com a função jurisdicional. Aliás, se a atividade nesses órgãos continuasse a ser considerada administrativa, nada impediria que o superior hierárquico administrativo avocasse o processo em que o juiz se manifestou por meio do reenvio prejudicial e modificasse a decisão no exercício do seu poder de autotutela sob o auspício da “supremacia do interesse público”, bastante distante da garantia de direito individual – conforme abordado no capítulo 9. Não poderia haver, portanto, diálogo e pontes de transição efetivas entre os sistemas, nem efetiva proteção aos direitos fundamentais.²⁷⁵⁷

Esse auxílio na construção de uma decisão jurídica adequada é um imperativo principiológico do processo contemporâneo, assim como a celeridade processual.

Essa decisão pautada pela primazia da resolução do mérito e da atividade satisfativa de maneira adequada, especialmente com a coparticipação do juiz ordinário nos *hard cases*, pode ser igualmente vislumbrada como uma **ampliação do direito fundamental de acesso à justiça**, devidamente amoldada aos tempos atuais.²⁷⁵⁸

Teríamos, indubitavelmente, a partir da Jurisdição Plural, Órgãos Orbitais jurisdicionais “quase-judiciários” em grande escala e à disposição da população, de

²⁷⁵⁷ Em sentido análogo: “Inviável, no entanto, é a interposição de recurso a um Poder contra ato de outro, porque não há hierarquia entre eles e ainda em virtude de sua independência e da separação de funções (art. 2o, CF)”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 1028.

²⁷⁵⁸ “É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. Nele se englobam tanto as garantias de natureza individual como as estruturais, ou seja, o acesso à justiça se dá individualmente, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do juiz natural e com sua imparcialidade; com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o respeito à esfera dos direitos e interesses disponíveis do litigante; com prestação da assistência jurídica aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 5.

maneira muito mais capilarizada, informal, barata, ágil e em um modelo mais integrativo do que os vislumbrados na Jurisdição “administrativa” da *common law* identificado por organismos “quase-jurisacionais”. Em complemento, diante de órgãos públicos dinâmicos e verdadeiramente integrados, outro grande mal jurisdicional do século XXI, que aflige praticamente a totalidade dos Estados democráticos ocidentais, consistente na necessidade de se observar a razoável duração do processo, teria realmente condições de ser enfrentado por meio da utilização eficaz das redimensionadas estruturas do Estado. O litígio seria resolvido naquele processo, de maneira adequada e na esfera da garantia de direitos, com a intervenção do Judiciário somente quando necessário, não permitindo que o litígio continue se desdobrando infinitamente a partir de questionamentos posteriores.²⁷⁵⁹

Assim, diante de todo esse contexto, o instituto do reenvio prejudicial auxiliaria a efetivação da Jurisdição Plural, acompanhando os anseios evolutivos da sociedade e do Estado do século XXI, sem desgarrar de conquistas civilizatórias especialmente no tocante à segurança jurídica e à missão do Poder Judiciário no Estado constitucional democrático, e sem incorrer no risco de abandono da sociedade civil formada e retorno ao “estado de natureza”²⁷⁶⁰.

Serviria igualmente para desenvolver uma **Jurisdição sustentável**, atendendo ao 16º objetivo de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU, ao se converterem instituições públicas arcaicas de utilidade limitada em verdadeiros órgãos jurisdicionais, auxiliando na pacificação social de

²⁷⁵⁹ “Entre os direitos fundamentais ligados à garantia do processo justo figura o do inc. LXXVIII do art. 5º da CF, em que se assegura, a um só tempo, (i) a razoável duração do processo, bem como (ii) o emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O Novo CPC, por seu turno, prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, que compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ulatimação da atividade satisfativa. É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. p. 6.

²⁷⁶⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. p. 62 e 69/70.

conflitos jurídicos, proporcionando acesso simplificado à justiça por meio de órgãos eficazes, responsáveis e transparentes existentes em uma Jurisdição Plural.²⁷⁶¹

Devidamente planejado o instituto do reenvio prejudicial como forma de integração da Jurisdição Plural por **mecanismos humanos**, não se olvida que outros percalços eventualmente serão encontrados, tendo em vista a proposta de ampliação dos órgãos efetivamente jurisdicionais para além daqueles atualmente conhecidos, o que somente será possível compreender a partir da atuação prática cotidiana; afinal, como destacado por Häberle ao tratar da sociedade aberta aos intérpretes da constituição, “a práxis atua aqui na legitimação da teoria, e não a teoria na legitimação da práxis²⁷⁶²”.

Nesse diapasão, finalmente é possível registrar que, de certa forma, o modelo de Jurisdição Plural proposto, notadamente com o auxílio de mecanismos integrativos entre humanos, aproxima-se do **pluralismo** existente nas comunidades evoluídas e da conceituação do próprio Estado pluralista²⁷⁶³, acrescendo de maneira positiva instrumentos de participação e modulação dos controles dos poderes públicos e privados, sem risco do surgimento do totalitarismo, justamente por ser calcado na descentralização, em uma atividade cercada por garantias de independência do julgador e efetivação de direitos.²⁷⁶⁴ Direitos, nesse rumo, como o de acesso à justiça, amplificado por meio da distribuição de verdadeiros órgãos

²⁷⁶¹ “Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. [...] 16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos. [...] 16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**.

²⁷⁶² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. p. 38.

²⁷⁶³ “[...] em resumo, uma concepção autoritária do Estado vê no pluralismo uma manifestação de decadência; a solução dos conflitos devia ser decidida por uma instância central”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. p. 362

²⁷⁶⁴ “É vantajoso para a moderação e para o controlo do poder de grupos, se este for descentralizado e distribuído por um grande número de grupos de funcionários e de grupos de influência que se encontrem num sistema, tão equilibrado quanto possível, de concorrência e equilíbrio recíproco. Isto corresponde não só à ideia básica da separação dos poderes (§ 31), mas também ao modelo do Estado pluralista, cujo fim deverá ser o de facultar um compromisso equilibrado entre um grande número de interesses e de opiniões existentes”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. p. 279.

jurisdicionais em diversos setores do Estado, de maneira absolutamente democrática e plural.

Por isso, é chegada a etapa histórica de voltarmos a acreditar no ser humano e encararmos a Jurisdição como um **meio**, e não como um fim que se exaure em si mesmo. O excesso de formalismo com a adoção de procedimentos estatais burocraticamente infundáveis não pode ser indefinidamente intensificado, não coadunando com a exigência da **leveza do mundo globalizado do século XXI**. Se não dermos essa guinada no início dessa era tecnológica, não haverá motivo algum para que atividades, inclusive jurisdicionais, deixem de ser integralmente desenvolvidas por máquinas, e não por homens.

Afinal, a inteligência artificial é a mais nova revolução da humanidade, possivelmente a mais agressiva até então verificada na história do homem. Se ontem enxergávamos a tecnologia como meramente acessória, hoje ela é assessória e amanhã poderá ser principal. Chegará um dia, então, e não tardará, em que as máquinas realizarão sinapses²⁷⁶⁵, como os seres humanos. No futuro, diante da manutenção dessa suspeita com relação à atividade humana, confiaremos a Jurisdição a quem? Será a máquina um dia principal e o ser humano assessório? Ou acessório?

10.2 FUTURO: INTEGRAÇÃO DA JURISDIÇÃO PLURAL POR MECANISMOS CIBERNÉTICOS

10.2.1 Quarta revolução industrial – 4.0

Hoje, estamos atravessando o início da quarta revolução industrial. A primeira revolução industrial teve origem na Inglaterra, no século XVIII, e foi

²⁷⁶⁵ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **O computador que faz sinapses**. Artigo publicado em 31 de março de 2017. Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/o-computador-que-faz-sinapses/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

marcada pela utilização de água e vapor para mecanizar a produção manufaturada e encurtar distâncias; principiou na indústria têxtil e se expandiu por outros setores, inclusive dos transportes. A segunda revolução industrial ocorreu a partir do descobrimento de novas fontes de energia, notadamente diante da utilização da eletricidade para a produção industrial em massa e em linhas de montagem, em meados do século XIX. Já no século XX, a terceira revolução industrial foi a digital, pautada pela utilização de computadores, internet, informação e automação.²⁷⁶⁶

A **quarta revolução industrial**, que terá um impacto mais profundo e exponencial do que as anteriores, está caracterizada por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico²⁷⁶⁷. Ela é também conhecida como “revolução industrial 4.0”, expressão cunhada na Alemanha a partir de um projeto de tecnologia que utilizou o termo para tratar da digitalização na indústria – “indústria 4.0” –, cujo relatório final foi apresentado na Feira de Hannover.²⁷⁶⁸

Para Ferrari²⁷⁶⁹, esse fenômeno real de evolução pode ser explicado majoritariamente por três fatores: a lei de Moore; a inteligência artificial e o *big data*. A **lei de Moore** foi proposta por Gordon Moore, cofundador da Intel, em 1965; para Moore, a capacidade de processamento dos computadores tenderia a dobrar a cada ano e meio, previsão que se revelou posteriormente até um tanto modesta. O primeiro computador do mundo foi criado durante a II Guerra Mundial. Era o ENIAC, que funcionava com dezoito mil tubos, pesava trinta toneladas, custava milhões e era capaz de realizar apenas operações matemáticas. Pouco tempo depois, foi criado o computador ASCI, ao custo de 55 milhões de dólares, que detinha o tamanho de uma quadra de tênis e exigia para o seu funcionamento energia equivalente ao

²⁷⁶⁶ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. São Paulo: Vidaria Livros, 2018. p. 76.

²⁷⁶⁷ BRASIL. Ministério da indústria, comércio e serviços. **Agenda brasileira para a indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/>. Acesso em: 13 jun. 20.

²⁷⁶⁸ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 76.

²⁷⁶⁹ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 15-19, conforme narrativa existente nesse e nos parágrafos seguintes.

consumo de 800 casas, e sua capacidade era de "1 teraflop". Em 1997, a capacidade do ASCI chegou a 1,8 teraflops; nove anos depois, com essa mesma capacidade, sem consumir energia e custando 500 dólares, foi lançado o videogame playstation. Ou seja, além de possuir um tamanho reduzido e diminuir o consumo, os computadores não só evoluíram, mas se tornaram acessíveis ao público em geral.

A noção de **inteligência artificial** – IA, por sua vez, pode ser correlacionada à remota ideia de Alan Turing, ainda na década de 1950, quando aduziu que um computador poderia ser dotado de capacidade de aprendizado autônomo, como se fosse o cérebro de uma criança. Assim, a noção de IA é de 70 anos atrás, mas seus reflexos somente puderam ser visualizados na prática a partir do momento em que foi possível preparar a matéria-prima para que as máquinas pudessem aprender, o que somente se concretizou a partir do *big data*.

Os dados são a matéria-prima do aprendizado das máquinas. Conforme expõe Schmidt, ex-CEO da Google, a cada dois anos atuais, são produzidas a mesma quantidade de informações existentes desde o início da civilidade até o ano de 2003, e em 2021 esse mesmo volume de informações será produzido em apenas duas horas: "a esse mar de dados, convencionou-se chamar de **big data**", destacou Ferrari. E é a interação desses três vetores que está possibilitando a rápida mudança tecnológica experimentada hoje no mundo.

Nesse campo, Rosa²⁷⁷⁰ destaca que a era digital será impulsionada por um conjunto de novas **tecnologias disruptivas** como, por exemplo, a robótica, a inteligência artificial, a realidade aumentada, o *big data*, a nanotecnologia, a impressão 3D, a biologia sintética e a chamada internet das coisas, num mundo em que cada vez mais dispositivos estarão conectados uns aos outros por meios virtuais. Algumas dessas inovações ainda estão em suas primeiras fases de

²⁷⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 02, e 259, jul/dez. 2019. p. 04. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 4 jun. 20. p. 13.

desenvolvimento – fase de “infância” – e não conseguiram mostrar todo o seu potencial. Mas a quarta revolução industrial não se define pelo uso isolado de cada uma dessas tecnologias, ao contrário, ela será determinada “pela convergência e sinergia entre elas”, nessa conexão entre o mundo digital – tecnologias –, o mundo físico – coisas – e o mundo biológico – nós.

Estamos, assim, na era da cibernética, da robótica e da inteligência artificial – IA. Acompanhando os ensinamentos de Pinochet, a *cibernética* está intimamente ligada à inteligência artificial, na medida em que é a sua concretização prática. A *inteligência artificial*, por sua vez, teoriza a cibernética e encontra formas de materializar e aplicar esses modelos teóricos. “A cibernética, ligada à *robótica*, encontra modelos em que os sistemas criados pela inteligência artificial se hospedam”. Os robôs, por sua vez, “são conhecidos na associação de máquinas eletromecânicas com os recursos de inteligência artificial”.²⁷⁷¹ Em complemento, Coppin explica que um agente é uma entidade capaz de realizar uma tarefa, os quais podem ser biológicos (humanos, por exemplo), robóticos ou computacionais. Um agente de *software* é um programa de computador projetado para realizar tarefas em nome de um usuário. Os “agentes robóticos ou robôs são agentes artificiais que existem fisicamente no mundo real”²⁷⁷².

10.2.2 Jurisdição 4.0: novas tecnologias²⁷⁷³

A atual sociedade tecnológica, notadamente por meio do cidadão digital altamente conectado, exige a prestação de serviços cada vez mais rápidos, ágeis, confortáveis, práticos e eficazes, inclusive com relação às instituições públicas. O cidadão tem expectativas por serviços públicos digitais que facilitem suas vidas; um

²⁷⁷¹ PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 35.

²⁷⁷² COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2013. Tradução e revisão técnica de Jorge Duarte Pires. p. 470 e 487.

²⁷⁷³ Conforme exposto, o termo “revolução industrial 4.0” teve sua origem na Feira de Hannover. O “4.0” qualifica a categoria “revolução industrial”, indicando se tratar da quarta delas, pautada pela inteligência artificial. O termo foi igualmente estendido para outras categorias, como “Judiciário 4.0” e “Jurisdição 4.0”, significando que eles também estão submetidos à quarta revolução industrial tecnológica. A autoria dessas duas é desconhecida, e possivelmente diversificada.

serviço hoje que não está amparado pela tecnologia é um serviço deficiente.²⁷⁷⁴

Não obstante, a realidade do serviço público em geral é, em regra, diametralmente oposta daquela verificada no mercado e na iniciativa privada, especialmente diante da ausência de plataformas virtuais para que o cidadão possa se conectar, de maneira simples e objetiva, aos serviços públicos que procura. Essa ausência de plataformas tecnológicas também impede o desenvolvimento interno do próprio Estado, onde são observados, quando existentes, diversos sistemas automatizados que não se comunicam por não serem interligados, notadamente com relação às respectivas bases de dados, aumentando a indesejada burocracia e impedindo que se implemente a real governança de vanguarda sobre o serviço público em geral.²⁷⁷⁵

No cenário voltado à resolução de conflitos jurídicos, Ferrari destaca que é natural que as pessoas comparem as experiências encontradas na esfera privada com os serviços públicos disponíveis. Na esfera privada, vislumbra-se com muito mais facilidade plataformas virtuais de assistência, ainda que para serviços simplificados, o que não é visualizado de maneira plena, por exemplo, no Judiciário – nem mesmo nos Juizados Especiais, que adotam princípios de informalidade, mas exigem, por exemplo, a presença física do jurisdicionado para a entrega de determinados documentos e realização de audiências.²⁷⁷⁶

Não obstante, os primeiros passos estão sendo dados em direção à revolução 4.0 no campo jurisdicional. Desde a primeira década do novo milênio, o Judiciário brasileiro vem implementando em praticamente todos os seus tribunais o processo eletrônico, possibilitando aos atores processuais o trabalho remoto, assim como a instituição de um banco de jurisprudência virtual que permitiu maior previsibilidade ao direito. Outras tarefas foram automatizadas, diminuindo a

²⁷⁷⁴ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 109.

²⁷⁷⁵ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 109.

²⁷⁷⁶ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 40/1.

burocracia e conferindo maior liberdade para atuação nas questões essenciais do processo.²⁷⁷⁷

Sem embargo, observando a ótica a partir da função jurisdicional, além do processo eletrônico, diversas outras tecnologias existentes e amplamente acessíveis têm sido paulatinamente aproveitadas para execução e complementação de atos processuais, como a comunicação por *WhatsApp* e chamadas de videoconferência por *Skype*. Especialmente diante da dificuldade em encontrar as partes, “na Inglaterra, por exemplo, em 2009, uma corte já tinha autorizado a citação de um réu pelo *Twitter*. Em 2012, algo semelhante ocorreu em relação ao *Facebook*”, o que é uma tendência mundial – não sendo diferente no Brasil, que apresenta situações semelhantes resolvidas informalmente a partir de sistemas tecnológicos desenvolvidos na esfera privada.²⁷⁷⁸

Nota-se, com relação aos sistemas informatizados públicos, que atualmente no Brasil a prática é estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça, que adota investimentos em tecnologia e em soluções de inteligência artificial para responder ao crescimento exponencial das demandas da sociedade por justiça. Nesse campo, é possível perceber que a automação é atualmente visualizada em todos os tribunais brasileiros.²⁷⁷⁹ A Suprema Corte, por exemplo, além da informatização processual, conta com uma ferramenta de votação eletrônica denominada “Plenário Virtual²⁷⁸⁰”, por meio da qual os ministros podem realizar votações virtualmente, assincronamente. As eleições políticas são realizadas por meio de urnas eletrônicas e os eleitores são biometricamente cadastrados.²⁷⁸¹ O Judiciário do Estado de São Paulo, consistente no maior tribunal de justiça do

²⁷⁷⁷ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 38.

²⁷⁷⁸ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 48/9.

²⁷⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 11 jun. 20.

²⁷⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Entenda o Plenário Virtual do STF**. Disponível em: https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=337069. Acesso em: 27 jun. 20.

²⁷⁸¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Urna eletrônica**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/urna-eletronica/urna-eletronica>. Acesso em: 29 jun. 20.

mundo, não aceita novos processos em papel desde o ano de 2015, o que representa não apenas ganhos econômicos e ambientais, mas notadamente agilidade no tempo de tramitação do processo diante da progressiva automação de tarefas.²⁷⁸²

Aliás, foi em razão da existência no Judiciário brasileiro de processos e sistemas operacionais virtuais que foi possível dar continuidade à função jurisdicional durante a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) no decorrer do ano de 2020 por intermédio do teletrabalho.²⁷⁸³ Juízes e servidores continuaram desenvolvendo suas respectivas atividades dos computadores de suas casas, inclusive videoaudiências, batendo recordes de produtividade.²⁷⁸⁴

Apesar de notória a aplicação da tecnologia ao Poder Judiciário brasileiro, essas iniciativas acima destacadas ainda estão mais próximas da automação, em atividades tecnológicas dependentes da ação humana, típicas de sistemas 3.0 (terceira revolução industrial), do que da inteligência artificial pautada pela quarta revolução 4.0, onde os sistemas tecnológicos agirão de maneira verdadeiramente autônoma, sem interferência humana.²⁷⁸⁵ Conforme destacado por Rosa, o mundo contemporâneo não nos permite mais a manutenção da lógica 3.0, exigindo a adaptação a um ambiente fortemente dinâmico.²⁷⁸⁶ Até porque, sem essa transição

²⁷⁸² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **100% digital**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/>. Acesso em: 27 jun. 20.

²⁷⁸³ VALOR ECONÔMICO. **Tribunais elevam produção com teletrabalho e julgamentos virtuais**. [recurso digital - 23/04/2020]. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/23/tribunais-elevam-producao-com-teletrabalho-e-julgamentos-virtuais.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 20.

²⁷⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coronavírus**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/coronavirus/>. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁷⁸⁵ "A maioria dos sistemas de peticionamento eletrônico no Brasil funciona da seguinte forma: quando é feito o protocolo da ação, o processo já vem com o número e tudo isso é feito on-line, do próprio escritório de advocacia, do computador, com certificado on-line. Algumas outras tarefas já são automatizadas, tais como despachos de mero expediente e atos ordinatórios, que são aqueles atos que o próprio chefe de gabinete ou escrivão podem fazer, para fluxo automático do processo. Apesar desse avanço, o Brasil muito pouco investiu em tecnologia". FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 170.

²⁷⁸⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 02, e 259, jul/dez. 2019. p. 11. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 4 jun. 20. p. 13.

para o futuro, dificilmente o Judiciário brasileiro terá condições de enfrentar seu acervo que se aproxima dos 100 milhões de processos – e outros Judiciários também pelo mundo afora.²⁷⁸⁷

Nesse sentido, Rosa também afirma que a neonata perspectiva tecnológica disruptiva nos apresenta novos conceitos, como “Ciberespaço, biotecnologias, *Big Data*, Jurimetria, *Machine Learning*, *Deep Learning*, *Analytics*, Inteligência Artificial”, dentre tantas outras que irão impactar o direito e a maneira como ele é aceito e aplicado, tendo em vista que grande parte do atual conhecimento jurídico tende a em breve se tornar obsoleto. “Do direito automatizado ao direito digital o passo foi muito rápido, exigindo-se atualização do campo do Direito”.²⁷⁸⁸

Igualmente, Piccoli aduz que diversas das novas tecnologias existentes poderão ser implementadas na função jurisdicional, dando suporte e fazendo evoluir os serviços digitais para emergir um Judiciário 4.0, dentre elas o *big data*, o *blockchain*, a *cloud computing* e a inteligência artificial, as quais serão abordadas individualmente logo abaixo a partir da respectiva correlação com a função jurisdicional, iniciando pela inteligência artificial, por ser mais abrangente.²⁷⁸⁹ É importante destacar, nesse ponto, que as tecnologias lançadas são aplicáveis à

²⁷⁸⁷ Por seu lado, a tecnologia de automação é dirigida por uma configuração humana. Ou seja, o sistema funciona determinado por um fluxo de trabalho previamente programado. Por isso, ele é expandido também pela programação. Em sua essência um mecanismo automatizado estabelece etapas e requisitos de um processo, realizando tarefas repetitivas e monótonas. Por outro lado, a inteligência artificial é capaz de fazer os sistemas agirem de maneira autônoma. De acordo com informações recebidas e análise de dados, ela oferece respostas complexas e estruturadas. Por isso, como um cérebro, a inteligência artificial se aproxima do comportamento cognitivo humano. Ela é programada para receber dados novos, compreendê-los (*machine learning*) e, com base nessa experiência, oferecer soluções e detectar padrões. Assim, quanto mais informações a inteligência artificial recebe, mais capaz ela será de selecionar as repostas apropriadas aos diversos problemas. EVANS, Dave. **The fundamental differences between automation and AI**. [recurso eletrônico, 2017]. Livre tradução. Disponível em: <https://venturebeat.com/2017/10/04/the-fundamental-differences-between-automation-and-ai/>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁷⁸⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 02, e 259, jul/dez. 2019. p. 11. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 4 jun. 20. p. 13.

²⁷⁸⁹ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 76-94.

Jurisdição, em sentido amplo, comportando nessa integração também os “Órgãos Orbitais” da “Jurisdição Plural” proposta na presente pesquisa.

10.2.2.1 Inteligência artificial

Para Silva, a inteligência artificial pode ser caracterizada como um *software* que apresenta predicados específicos diferentes dos demais, “pois é inteligente e visa fazer os computadores realizarem funções que eram exclusivamente dos seres humanos”, como, por exemplo, aprender e praticar a linguagem escrita ou falada. Ela foi criada para que os dispositivos eletrônicos pudessem desempenhar determinadas funções sem a interferência humana. Assim, um sistema de IA não é capaz tão somente de armazenar e manipular dados, mas também adquirir, representar e manipular **conhecimentos**. Essa manipulação inclui certa capacidade de deduzir ou inferir novos conhecimentos ou relações factuais e conceitos utilizando o conhecimento anteriormente existente, associado a métodos de representação e manipulação, para resolver problemas complexos²⁷⁹⁰. O principal objetivo da IA é, portanto, executar funções que, caso fossem desenvolvidas por seres humanos, seriam consideradas inteligentes.²⁷⁹¹

Nessa senda, Piccoli aduz que a IA é uma tecnologia multidisciplinar, com a potencial capacidade de elevar a transformação digital a um patamar superior. Em razão disso, ela é mais aderente a todas as pessoas, e está em praticamente todos os negócios humanos buscando simplificar e otimizar processos e mecanismos²⁷⁹². A IA se utiliza de modelos estatísticos ou matemáticos em aplicações específicas, procurando ampliar resultados com a máxima acuracidade e robustez possível²⁷⁹³.

²⁷⁹⁰ “Inteligência Artificial envolve utilizar métodos baseados no comportamento inteligente de humanos e outros animais para solucionar problemas complexos”. COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. p. 4.

²⁷⁹¹ SILVA, Fabrício Machado da *et al.* **Inteligência artificial**. [recurso eletrônico] Porto Alegre: SAGAH, 2019. p. 13-14 e 29.

²⁷⁹² PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial**: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça. p. 85

²⁷⁹³ “Inteligência Artificial refere-se ao uso de modelos estatísticos ou matemáticos em aplicações específicas para predição de resultados, buscando sempre a máxima acurácia e robustez possíveis (por meio da busca do melhor modelo estatístico e da separação da amostra em duas partes, uma

Toda essa atividade da inteligência artificial é movida a partir de **algoritmos**. Mussa define o algoritmo como sendo o “nome técnico dado à descrição dessas tarefas ou rotinas específicas e ordenadas, dadas a um computador”, ou, de maneira mais simplificada, o “algoritmo nada mais é do que uma lista de rotinas, de procedimentos ou de instruções para que seu computador execute”.

Ferrari, sem embargo, utiliza a definição de Pedro Domingos para descrever o algoritmo, conceituando-o em “uma sequência de instruções que vai dizer a um computador o que fazer”. Então, para o respectivo funcionamento, inicialmente verifica-se o *input*, que são os dados que serão inseridos no sistema, os quais são processados pelo algoritmo, que gera um resultado nesse mesmo sistema, chamado de *output*. Ou seja, os dados saem de um ponto inicial e chegam a um ponto final, e é justamente o algoritmo que faz isso acontecer. Os algoritmos podem ser classificados, em linhas gerais, em duas espécies fundamentais: os programados e os não programados. Os *programados* seguem as regras estipuladas pelo programador em todas as fases do processo.²⁷⁹⁴

Por sua vez, os *não programados* são chamados de *learning*, e empregam a *machine learning*²⁷⁹⁵ para o desenvolvimento da tarefa – são esses os que interessam precipuamente à Jurisdição tecnológica.²⁷⁹⁶ Nesse caso, a fase

para treinar e outra para validar o modelo)”. MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades** [livro eletrônico]: as reais oportunidades de criação de valor nos negócios e os impactos no futuro do trabalho. São Paulo: *Saint Paul*, 2020. p. 57.

²⁷⁹⁴ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 72.

²⁷⁹⁵ “O aprendizado de máquina (do inglês, *machine learning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos. É um ramo da IA, baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana. Enquanto a IA pode ser definida, de modo amplo, como a ciência capaz de mimetizar as habilidades humanas, o *machine learning* é uma vertente específica da IA que treina máquinas para aprender com dados”. MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 155.

²⁷⁹⁶ “Em AM, computadores são programados para aprender com a experiência passada. Para tal, empregam um princípio de inferência denominado indução, no qual se obtêm conclusões genéricas a partir de um conjunto particular de exemplos. Assim, algoritmos de AM aprendem a induzir uma função ou hipótese capaz de resolver um problema a partir de dados que representam instâncias do problema a ser resolvido”. FACELI, Katti *et al.* **Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina**. Rio de Janeiro: LTC, 2011. p. 3.

intermediária é descoberta pela própria máquina. Carrega-se o *input* no sistema, assim como o resultado a que se pretende chegar. O resultado é obtido por meio de tentativa e erro do algoritmo. Quando ele descobre o resultado desejado, por meio do cálculo matemático próprio, ele vai reforçando o caminho encontrado, ajustando as variáveis e aperfeiçoando o sistema, por meio de uma autoprogramação.²⁷⁹⁷

Os algoritmos não programados também podem ser subclassificados em supervisionados e não supervisionados: nos *supervisionados*, o *input* é selecionado pelo programador, ou seja, os dados iniciais são lapidados e fornecidos prontos pelo ser humano. Trata-se de um conjunto de dados rotulados para que o algoritmo vá mapeando as entradas e os caminhos de maneira a encontrar o *output* almejado. Funciona em múltiplas camadas. Uma modalidade de estruturação algorítmica aplicada a esse modelo é denominada **rede neural artificial**, porque o aprendizado funciona de maneira semelhante ao do ser humano. Na segunda modalidade, *não supervisionada*, a estruturação algorítmica é ainda mais complexa, pois os dados disponíveis no *input* não são rotulados, o que será muito útil para descobrir padrões e para o desenvolvimento das tecnologias mais avançadas, por isso o seu modo de operação recebeu o nome de *deep learning*.²⁷⁹⁸

Machine learning e **deep learning** são tecnologias complementares indissociáveis da IA. “Abhay Parasnis, CTO da Adobe, afirmou que IA e a aprendizagem de máquina representam a mudança de paradigma mais disruptiva da próxima década, que transformará a forma com que todos nós trabalhamos”²⁷⁹⁹.²⁸⁰⁰ Essas ferramentas serão, no ponto mais alto da Jurisdição cibernética, aplicadas para a construção de **decisões jurídicas “artificialmente inteligentes”**. Sobre os

²⁷⁹⁷ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 73/4.

²⁷⁹⁸ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 74-77.

²⁷⁹⁹ MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. p. 146.

²⁸⁰⁰ “Aliada à inteligência artificial, decorrente do avanço científico em campos como *machine learning* (o aprendizado de máquinas que substitui a codificação algorítmica por seres humanos) e *deep learning* (o campo de codificação algorítmica com uso das técnicas de redes neurais artificiais, que imitam o cérebro), a estatística é uma área de apoio para atravessar a Era big data e enfrentar todos os inerentes desafios e oportunidades, como na Indústria 4.0 e na Internet of Things (IoT)”. SILVA, Fabrício Machado da et al. **Inteligência artificial**. p. 18.

algoritmos aplicados na construção artificial da decisão jurídica, conforme alertado por Rosa, é absolutamente necessário dominar o modo pelo qual eles serão estabelecidos, sob pena de não entendermos o que se passa²⁸⁰¹.

Por fim, Mussa também explica que a IA pode ser dividida em dois grandes campos de estudo: a IA genérica (*artificial general intelligence*), conhecida como **IA forte** (*strong AI*), e a AI estreita (*artificial narrow intelligence*), classificada como **IA fraca** (*weak AI*).²⁸⁰² Rosa explica que, em linhas gerais, “enquanto o objetivo da primeira (forte) é construir uma máquina que responda à inteligência geral humana, a segunda (fraca) busca emular a realização de tarefas específicas”; a primeira procura um substituto ao humano, a segunda, aplicações individualizadas complementares.²⁸⁰³

10.2.2.1.1 IA forte (*strong AI*)

Coppin esclarece que os defensores de uma IA forte acreditam que, dispondo de um computador com capacidade de processamento, e sendo fornecido a ele certos elementos suficientes de inteligência, ele poderia **pensar e ser consciente** do mesmo modo que um ser **humano**.²⁸⁰⁴ Para Silva, esse grupo acredita que será possível um dia desenvolver máquinas capazes de pensar, criar e exibir comportamento humano inteligente, a partir da adoção de algoritmos cognitivos que possam ser executados em computadores.²⁸⁰⁵

Mussa, por sua vez, explica que, por meio da corrente doutrinária da IA forte, estudiosos e pesquisadores que acreditam nessa possibilidade consideram

²⁸⁰¹ "Enfim, a tecnologia chegou ao nosso cotidiano decisório, na modalidade de inteligência artificial fraca e, nesse contexto, precisamos dominar o modo pelo qual os algoritmos serão estabelecidos e dialogar sobre os seus critérios, sob pena de não entendermos o que se passa. O futuro chegou e é inegável a urgência de adaptação do aparato jurídico brasileiro". ROSA, Alexandre Morais da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. p. 14.

²⁸⁰² MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. p. 27.

²⁸⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. p. 8.

²⁸⁰⁴ COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. p. 4.

²⁸⁰⁵ SILVA, Fabrício Machado da *et al.* **Inteligência artificial**. p. 17.

que o computador seja capaz de fazer toda e qualquer atividade humana no futuro, nos mais diferentes campos de atuação. É essa modalidade de IA que nos conduziria ao intrigante **ponto de “singularidade”**, consistente naquele momento da história em que a IA supera a inteligência dos humanos, aprendendo sozinha a se autoaprimorar, de maneira exponencial, passando a controlar os seres humanos, invertendo a lógica do sistema²⁸⁰⁶. Como destacado por Silva, essa seria uma superinteligência, definida pelo sueco Nick Bostrom como sendo “um intelecto que é muito mais inteligente do que o melhor cérebro humano em praticamente todas as áreas, incluindo criatividade científica, conhecimentos gerais e habilidades sociais” – nesse campo hipotético é que se encontram as principais discussões que beiram a ficção científica, como promessas promissoras para o futuro da humanidade: a imortalidade ou a extinção dos seres humanos²⁸⁰⁷.

Seguindo essa linha, os adeptos da IA forte acreditam que ela é a última invenção humana, tendo em vista que, a partir de então, a IA ficará cada vez mais aperfeiçoada, por si só, infinitamente, “superando-nos e criando uma situação em que, em algum ponto desse autodesenvolvimento, nós, humanos, deixaremos de compreender o seu funcionamento”. Para que a máquina encontre o caminho da singularidade, no entanto, será preciso não apenas que ela consiga agir como se fosse inteligente – simulação do pensamento – mas que a máquina efetivamente se torne um ser pensante, ou seja, consiga desenvolver **consciência**.²⁸⁰⁸

Ilustrando esse campo da consciência, Mussa traz o exemplo do supercomputador Deep Blue, desenvolvido pela IBM e que foi capaz de derrotar o campeão mundial de xadrez, o russo Garry Kasparov: enquanto o humano sentiu alguma coisa com a derrota – independentemente do sentimento, seja raiva, frustração ou admiração –, a máquina não sentiu absolutamente nada diante do feito, porque ela não teve consciência do que fez, não tendo a menor ideia do que

²⁸⁰⁶ MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial**: mitos e verdades [livro eletrônico]: as reais oportunidades de criação de valor nos negócios e os impactos no futuro do trabalho. p. 27.

²⁸⁰⁷ SILVA, Fabrício Machado da *et al.* **Inteligência artificial**. p. 17.

²⁸⁰⁸ MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial**: mitos e verdades. p. 27/8.

conquistou; a máquina apenas executou um serviço programado.²⁸⁰⁹

Dessa forma, Mussa conclui que a singularidade não é uma tarefa alcançável, ao menos por enquanto, pela máquina.²⁸¹⁰ Para vencer Kasparov, o algoritmo do Deep Blue teve que realizar incontáveis partidas para aprender a jogar xadrez, porque ele não possui a capacidade de aprender em poucos atos, como o ser humano. Além disso, uma vez que o algoritmo aprendeu a jogar “xadrez”, ele não pode jogar “damas” diante de poucos ajustes, por exemplo, tendo que recomeçar o aprendizado absolutamente do zero; ou seja, a aprendizagem das máquinas ocorre em domínios estreitos, e não pode ser generalizada, o que consiste em uma grande limitação ao seu desenvolvimento para alcançar o cérebro humano.²⁸¹¹ Mas há quem pense²⁸¹² diametralmente diferente^{2813, 2814}

²⁸⁰⁹ MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. p. 28.

²⁸¹⁰ No mesmo sentido: “Muitos filósofos e pesquisadores da Inteligência Artificial consideram esta visão como infundada e até mesmo absurda. A possibilidade de criar um robô com emoções e genuína consciência é aquela que é frequentemente explorada no âmbito da ficção científica, mas é raramente considerada como um objetivo da Inteligência Artificial”. COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. p. 4.

²⁸¹¹ MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. p. 30. Em complemento: “Para que tenhamos uma ideia do quão longe estamos do desafio de desenvolvermos Inteligência Artificial dotada de consciência, hoje não temos nem sequer um caminho para alcançarmos dois passos anteriores, extremamente importantes: conseguirmos fazer com que os algoritmos aprendam com base em poucos exemplos e conseguirmos generalizar o uso desses algoritmos, que foram desenvolvidos para situações específicas”. MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. p. 29.

²⁸¹² “Além disso, apesar das coisas impressionantes de que os seres humanos são capazes de fazer, nós continuaremos sem saber ao certo quais são nossos objetivos e, ao que parece, estamos insatisfeitos como sempre. [...] Existe algo mis perigoso do que deuses insatisfeitos e irresponsáveis que não sabem o que querem”. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. 9 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. Título original: *A Brief History of Humankind*. Tradução de Janaína Marcoantonio. p. 427 e 428.

²⁸¹³ “Alguns físicos, futuristas e cientistas da computação – enormes em popularidade – acreditam que a singularidade acontecerá, em algum nível, num futuro próximo. Entre eles, tem se destacado o futurista Ray Kurzweil, o escritor de best-sellers Yuval Noah Harari, o físico Max Tegmark e o empresário e entusiasta de Inteligência Artificial Elon Musk”. MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. p. 23

²⁸¹⁴ “Em 2004, Will Smith protagonizou um clássico da ficção científica, o filme ‘Eu, Robô’, que se passa em 2035, onde robôs são usados como empregados e assistentes dos humanos. Para manter a ordem, os robôs possuem um código de programação que impede a violência contra humanos, a Lei dos Robóticos, baseado no livro de Isaac Asimov da década de 1950. Quando Dr. Miles aparece morto e o principal suspeito é justamente um robô, acredita-se na possibilidade de que os robôs tenham encontrado um meio de desativar a Lei dos Robóticos. Nesse momento, o Detetive Del Spooner (Will Smith) é chamado para investigar a morte de seu velho amigo e evitar uma catástrofe maior quando os robôs parecem ficar tão inteligentes que criam sentimentos e, com isso, vida própria. Muitos teóricos têm medo de que a IA chegue a esse nível, mas eu, particularmente, não acredito, mesmo com a notícia de agosto de 2017, quando o Facebook decidiu

Com relação à utilização da IA forte na Jurisdição, ela seguiria exatamente o mesmo raciocínio acima exposto sobre ser ela a última invenção humana: para os que acreditam que ela será efetivamente desenvolvida e implementada, é questão de tempo até sermos todos **substituídos** pela cibernética, sendo despidianda qualquer divagação a respeito de como isso iria acontecer; afinal, chegaria o momento em que o ser humano se transformaria em instrumento das máquinas, pouco compreendendo em que realidade estaria vivendo.

10.2.2.1.2 IA fraca (*weak AI*)

Silva²⁸¹⁵ aduz que a IA fraca é uma corrente de pesquisa que defende o uso limitado das máquinas diante do fato delas nunca poderem alcançar o nível de inteligência na real acepção do termo, pois a inteligência exige **consciência** e **autopercepção**, habilidades impossíveis de serem recriadas **artificialmente**. Tudo o que a máquina faz envolve a **imitação** de um comportamento humano para a resolução de problemas e execução de tarefas, mas isso nunca ocorre de maneira consciente, tendo em vista que a atividade artificial é desenvolvida a partir de um conjunto de **cálculos**. Em outro turno, Coppin²⁸¹⁶ ensina que a IA fraca nada mais é do que “a visão de que o comportamento inteligente pode ser modelado e utilizado por computadores para solucionar problemas complexos”, defendido nesse ponto de vista apenas que o computador possa agir de modo inteligente, mas não no sentido **humano**; os métodos da IA usam sistemas como a lógica, raciocínio automatizado e outras estruturas para a resolução de determinado problemas, mas que não incorporam necessariamente qualquer conhecimento genuíno sobre o mundo em que está situado o problema.

Mussa, por sua vez, explica que a IA fraca, apesar de receber menos holofotes da mídia em geral, é a que tem apresentado resultados mais expressivos;

desligar Alice e Bob, dois robôs criados para uma experiência que visava a monitorar a capacidade de negociação entre dois robôs. Esses chatbots tinham desenvolvido uma linguagem própria para conversar com outra IA, que o time de tecnologia do Facebook não conseguiu desvendar”. MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. p. 145/6.

²⁸¹⁵ SILVA, Fabrício Machado da *et al.* **Inteligência artificial**. p. 17.

²⁸¹⁶ COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. p. 4.

ela aufere esse nome justamente em razão do seu escopo, claramente definido e delimitado no campo de atuação: “domínios, tarefas ou objetivos bastante específicos”, que atualmente são realidades. A IA fraca está conseguindo automatizar uma infinidade de tarefas, principalmente cognitivas, que anteriormente eram realizadas apenas por humanos, impactando fortemente as linhas de trabalho.²⁸¹⁷

Conforme registrado por Piccoli, não se pretende com a utilização da IA substituir²⁸¹⁸ o ser humano, mas apenas **auxiliar** as atividades por meio da otimização; “afinal, por mais que a tecnologia evolua, ainda está longe de desenvolver a habilidade da empatia, diferencial nas relações do século 21”.²⁸¹⁹ Rosa se manifesta no mesmo sentido²⁸²⁰.

No campo jurídico, Piccoli explica que a IA será de extrema importância. Aduz que a tecnologia já vem sendo utilizada principalmente em escritórios de advocacia²⁸²¹, possuindo como modelo mais desenvolvido o “ROSS²⁸²²”.²⁸²³ A IA é

²⁸¹⁷ MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial**: mitos e verdades. p. 30 e 34.

²⁸¹⁸ “Parasnis pontuou uma falsa crença sobre IA. Para ele, ‘na Adobe, nossa perspectiva é que a IA irá amplificar a criatividade e inteligência humana – não substituí-las. Irá nos libertar de tarefas mecânicas e ajudar a realçar o tipo de expressão criativa singular, que só humanos possuem’”. MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. p. 146.

²⁸¹⁹ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 85.

²⁸²⁰ “Preparar o procedimento decisório com mecanismos automatizados, reservando momentos em que o fator humano precisa incidir, constitui-se o novo horizonte do manejo da inteligência artificial. [...] Claro que não se trata de substituir o ser humano, até porque no desenho do dispositivo – especialmente na construção do algoritmo – dependeremos do fator humano. ROSA, Alexandre Morais da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. p. 5.

²⁸²¹ “A Justiça é muito rápida no futuro, desde que aboliram os advogados’, informava-nos o personagem Doc Emmett Brown em De Volta para o Futuro 2”. AST, Frederico. **Como faremos Justiça?** [artigo digital - Revista Época]. São Paulo: Revista Época, dez. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/12/como-faremos-justica.html>. Acesso em: 18 jun. 20.

²⁸²² ROSS. **The intelligent legal research choice**. Disponível em: <https://www.rossintelligence.com/>. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁸²³ “Atualmente, o que existe de mais avançado e que está sendo empregado no contencioso de alguns escritórios de advocacia não está relacionado à formulação de petições, como facilmente se poderia cogitar. Isto pode ser feito por simples recursos de automação. Hoje, o que há de mais sofisticado são os softwares que melhoram a pesquisa jurídica, identificam o assunto, as partes e os pedidos do processo e separam as decisões de maneira a facilitar o trabalho dos advogados, promotores e juízes (COELHO, 2019)”. BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros**. ISSN: 2177-8337 - Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76,

uma tecnologia que evolui com o uso, pois aprende de forma contínua com o usuário, passando a ser importante instrumento da equipe de trabalho. No Judiciário, a utilização mais elevada da IA será no apoio à construção da **decisão jurídica**, impactando diretamente a atividade dos juízes. “Não se trata de substituir a decisão de um juiz, mas de ajudá-lo em análises preditivas nos processos da mesma natureza”, tendo em vista que a IA vai aprendendo com o juiz e compreendendo como ele toma as decisões.²⁸²⁴

Dessa forma, Piccoli aponta três vertentes gerais em que a IA poderá ser utilizada no Judiciário: a primeira no **atendimento ao usuário**, por meio de uma solução cognitiva capaz de oferecer interação direta entre os jurisdicionados e os tribunais; a segunda será pela **pesquisa de jurisprudência**, como solução para indexação e armazenamento de conteúdo; a terceira consiste no **apoio ao processo decisório** do juiz; isso ocorreria por meio de uma solução complexa composta de diversos fatores, como a busca cognitiva, a compreensão de textos armazenados na base de dados, o processamento de linguagem natural, a sugestão de similaridade de decisões, a extração de pontos convergentes utilizados em processos semelhantes e qualificador de processos e julgamentos para a geração do projeto de decisão.²⁸²⁵

Não obstante, a IA deve ir bastante além, conforme exposto mais abaixo quando abordados temas como as *smart courts* e a Jurisdição do futuro.

10.2.2.2 Big data

O *big data*²⁸²⁶ pode ser definido como um grande volume de **dados**

jul./out. 2019. Disponível em? <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256/194>. Acesso em: 19 jun. 20. p. 67.

²⁸²⁴ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 85.

²⁸²⁵ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 86.

²⁸²⁶ “*Big Data*: é formado por dados estruturados, provenientes de bancos de dados tradicionais, por dados não estruturados (imagens, vídeos, e-mails, textos, entre outros meios), e dados semiestruturados, coletados a partir de sensores e máquinas”. PINOCHET, Luis Hernan Contreras.

armazenados, estruturados ou não, mas de grande variedade, que são gerados a cada segundo e possibilitam, a partir de então, a análise voltada à definição de estratégias para a tomada de decisões mais inteligentes²⁸²⁷.²⁸²⁸ Nas palavras de Moraes, o *big data* é um conjunto de dados extremamente amplos e que, em razão disso, necessita de ferramentas preparadas para operacionalizar o grande volume de informações²⁸²⁹.

Para Rosa, o *big data* irá ajudar a superar o velho modelo de decisão calcado nas capacidades individuais, ao demandar a conjugação de mecanismos tecnológicos aptos a ampliar o horizonte de credibilidade, tarefa em que ele se tornará essencial.²⁸³⁰

No Poder Judiciário esses dados armazenados e transformados em **informação** seriam aplicados na análise dos processos e da própria atividade jurisdicional como um todo. Com o *big data* é possível ter uma **visão holística**²⁸³¹ de toda a estrutura jurisdicional, notadamente por meio de gráficos que informam a taxa de congestionamento processual, tempo de tramitação e índice de atendimento às demandas, permitindo o estabelecimento de estratégias e ferramentas para aumentar a produtividade e diminuir gargalos, custos e tarefas repetitivas, explica

Tecnologia da informação e comunicação. p. 12.

²⁸²⁷ "Os projetos de *Big Data* estão se tornando mais econômicos para as empresas, graças, em parte, aos servidores e computadores de baixo custo. O *Big Data*, como recurso estratégico para as empresas, fará com que os usuários executem projetos não mais isoladamente, mas de forma compartilhada. Companhias poderão incorporar a análise da grande massa de dados em mais atividades que desempenham, agregando mais dados, informações e realizando cruzamentos e estatísticas". PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação.** p. 12.

²⁸²⁸ MORAIS, Felipe. **Transformação digital.** p. 114

²⁸²⁹ "A princípio, podemos definir o conceito de Big Data como conjuntos de dados extremamente amplos e que, por esse motivo, necessitam de ferramentas preparadas para lidar com grandes volumes de dados, de forma que toda e qualquer informação nesses meios possa ser encontrada, analisada e aproveitada em tempo hábil". MORAIS, Izabelly Soares de *et al.* **Introdução a Big Data e Internet das Coisas.** [recurso eletrônico] Porto Alegre: SAGAH, 2018. p. 12/3.

²⁸³⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito.** p. 4.

²⁸³¹ "Visão holística: a visão holística pode ser considerada a forma de perceber a realidade e a abordagem sistêmica, podendo ser aplicada em qualquer área do conhecimento. É a visão global ou conjunto do sistema, sem esquecer dos objetivos". PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação.** p. 43.

Petersen.²⁸³²

Acompanhando os ensinamentos de Melo, a análise de dados utilizando a tecnologia *big data* é condicionante para que os tribunais alcancem resultados de produtividade e celeridade. Esclarece, nesse campo, que o *big data*, assim como a *analytics*²⁸³³ – cruzamento dos dados do *big data* –, consiste em um conjunto de tecnologias, recursos, métodos e capacidades de captura, estruturação, transformação e interpretação de dados de dimensões gigantescas (*big data*) e de alta complexidade, e quando se fala em *big data* no Judiciário se está tratando, portanto, de ferramentas, habilidades e conhecimentos técnicos de matemática, estatística²⁸³⁴ e programação, mas especialmente de uma capacidade de análise de dados processuais bastante apurada, gerando reflexos não apenas na atividade fim, mas também no gerenciamento do tribunal, permitindo inclusive que ações de gestão sejam antecipadas.²⁸³⁵

Em outro norte, o *big data analytics* consiste em uma atividade da descoberta de padrões a partir da análise de dados disponibilizado pelo *big data*.²⁸³⁶ Uma das vertentes possíveis por meio do *big data analytics* é a **jurimetria**. A jurimetria é um conceito adaptado do mundo da economia, onde se utiliza o termo econometria, consistente basicamente no emprego de análise de dados e estatísticas sobre determinado tema ou objeto para a chegada de certas

²⁸³² PETERSEN, Tomás. **Como a análise de Big Data pode ajudar na gestão do Judiciário**. [SAJDIGITAL - recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.sajdigital.com/lab-da-justica/analise-de-big-data-judiciario/>. Acesso em: 28 jun. 20.

²⁸³³ “*Analytics* acionável: é um subconjunto do *Big Data*, oferecendo um processamento de baixo custo e com a possibilidade de ‘realizar análises e simulações para cada ação tomada em um negócio’. De forma contrária ao que é realizado hoje, ou seja, a observação dos dados com base nas análises históricas, a preocupação desta tecnologia será prever cenários futuros, antecipando possíveis situações”. PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. p. 12.

²⁸³⁴ “A estatística pode ser explicada como um ramo da ciência que busca modelar a incerteza e a aleatoriedade para inferir conclusões para a estimativa de fenômenos futuros, funcionando por meio da coleta, análise e interpretação de dados. Em suma, ela é uma ferramenta para interpretar esses dados”. SILVA, Fabrício Machado da et al. **Inteligência artificial**. p. 17.

²⁸³⁵ MELO, Tiago. **Big Data no Judiciário: como a análise de dados pode tornar a Justiça mais ágil**. [SAJDIGITAL - recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.sajdigital.com/tribunal-de-justica/big-data-no-judiciario/>. Acesso em: 8 jun. 20.

²⁸³⁶ FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 19.

conclusões. Por exemplo, por meio da jurimetria é possível destacar um tema específico, como "ações de medicamento", e partir disso traçar estratégias.²⁸³⁷

Piccoli, apontando exemplos práticos atinentes à função jurisdicional, aduz que por meio do *big data* seria possível **prever comportamentos**²⁸³⁸, internos e externos, como os fatores e características da litigiosidade; **segmentar e agrupar processos** da mesma natureza e que ensejariam decisões semelhantes; **automatizar os procedimentos** processuais a partir da análise estatística global; **analisar os dados pessoais e processuais** para verificar processos duplicados litispendentes e eventuais fraudes ("agulha no palheiro"); **análise de demandas repetitivas** e seleção de **jurisprudência específica** sobre o tema, que poderia ser destacada e fornecida automaticamente ao juiz juntamente com o processo sem que haja intervenção humana; análise de propensão de **acordos** com base no histórico para selecionar **conciliadores** de acordo com o perfil da demanda.²⁸³⁹

10.2.2.3 *Blockchain*

Para Moraes, o *blockchain* é "uma camada de segurança encriptada da rede, por onde documentos e transações são validadas de forma a evitar fraudes, *hacking* e ilicitudes de várias naturezas", propiciando uma "verdade digital certificada". O *blockchain* funciona em uma **rede com blocos** encadeados muito seguros que permanentemente carregam consigo uma impressão digital; cada bloco de dado contém, assim, uma espécie de **assinatura digital**, também conhecida por *hash*, que funciona como uma espécie de identificação biométrica, por meio da qual há uma **garantia criptográfica** de que as informações existentes no bloco de dados não serão violadas.²⁸⁴⁰

²⁸³⁷ FERRAI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 146-148.

²⁸³⁸ "Por outro lado, os autores consideram que também virá uma grande preocupação em relação a possíveis ameaças geradas pela falta de privacidade, como a conhecemos hoje, pois o *Big Data* poderá prever comportamentos futuros". PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. p. 12.

²⁸³⁹ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 82.

²⁸⁴⁰ MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. p. 252.

Nesse campo, Toco destaca como principais características do *blockchain* a descentralização e a ausência de intermediários como medida de segurança; a sequência temporal das informações guardadas em blocos criptografados (cadeia de blocos); o funcionamento como um "livro razão", mas de forma pública, compartilhada e universal, criando consenso e confiança direta entre os usuários; as informações são concomitantemente armazenadas em milhares de computadores, evitando a alteração unilateral. Registra, nesse contexto, que o *blockchain* poderia ser útil no **armazenamento de provas judiciais**, na agilização das **execuções das sentenças** e na organização da visualização e organização dos **dados processuais**.²⁸⁴¹

Piccoli aduz que o “*Blockchain* (Protocolo de Confiança) é um banco de dados de distribuição livre que usa criptografia de última geração”, possibilitando o estabelecimento de relações de confiança por meio de estruturas seguras para a tramitação de informações, de modo virtual, sem intermediários. Embora normalmente associado à criptomoedas (*bitcoin*), a tecnologia pode ser usada em um campo muito além do sistema financeiro. No serviço público, por exemplo, afirma que se as instituições estiverem abertas à **descentralização** de suas informações, o *blockchain* deverá promover uma verdadeira disruptura, inclusive no Judiciário²⁸⁴².

Por exemplo, o *blockchain* teria grande utilidade para garantir a **unicidade processual**, evitando que um mesmo processo esteja armazenado ao mesmo tempo e sem interligação em bases de dados diferentes; o uso dessa tecnologia permitiria garantir que as peças processuais sejam sempre as mesmas, independentemente do sistema consultado, estando o processo no *datacenter* do tribunal ou em uma nuvem. O *blockchain* seria igualmente valoroso no controle das emissões das certidões judiciais digitais (**confiabilidade**), no sistema cartorário e

²⁸⁴¹ TOCO, Leonardo. **Blockchain no Judiciário – veja o que já é realidade e projetos futuros**. [recurso digital - JUSBRASIL]. Disponível em: <https://ldsoft-propriedade-intelectual.jusbrasil.com.br/artigos/623255838/blockchain-no-judiciario-veja-o-que-ja-e-realidade-e-projetos-futuros>. Acesso em: 9 jun. 20.

²⁸⁴² BLOCKINFO. **Superior Tribunal de Justiça do Brasil está de olho na inserção de blockchain no sistema judiciário**. Disponível em: <https://blockinfo.com.br/superior-tribunal-de-justica-do-brasil-esta-de-olho-na-insercao-de-blockchain-no-sistema-judiciario/>. Acesso em: 4 jun. 20.

registral (**desburocratização**), nos mandados de prisão e alvarás de soltura (**sincronização em nível nacional**), nos depósitos judiciais e gestão de precatórios (**smart contracts**²⁸⁴³, **transparência e combate a fraudes**).

10.2.2.4 *Cloud computing*

Marinho explica que *cloud computing* é “uma tecnologia que permite acesso remoto a programas (*softwares*), arquivos (documentos, músicas, jogos, fotos, vídeos) e serviços por meio da Internet”. A tecnologia pode ser utilizada “como um serviço ao invés de um produto, no qual recursos compartilhados, *software* e informações são fornecidos, permitindo o acesso por meio de qualquer computador, *tablet* ou celular conectado à Internet”.²⁸⁴⁴

O *cloud computing*²⁸⁴⁵, ou computação em nuvem, pode ser considerado, então, como um **serviço de armazenamento de dados em meio virtual**, substituindo, por exemplo, conteúdo depositado em um *hardware*. O sistema oferece grandes vantagens ao usuário, especialmente na possibilidade de diminuição dos espaços para armazenamento, seja em locais e departamentos físicos ou em *hardwares*, proporcionando enorme contingenciamento de custos de investimento e manutenção, assim como a possibilidade de acessar os dados existentes em

²⁸⁴³ “Os contratos legais com que habitualmente trabalham os advogados estão escritos em linguagem frequentemente ambígua e sujeita a interpretações. A execução, além disso, depende do sistema judiciário, lento e manipulável. O dinheiro compra os melhores advogados e mais possibilidades de ganhar um julgamento. Um contrato inteligente é um acordo escrito em código de software. Como linguagem de programação, é claro e objetivo. O contrato se executa de maneira automática quando se cumprem as condições acordadas. Ambas as partes podem ter certeza quase total de que o acordo se cumprirá tal como foi combinado. E tudo ocorre em uma rede descentralizada de computadores. Não há nada que as partes possam fazer para evitar o cumprimento do contrato”. AST, Frederico. **Como faremos Justiça?**

²⁸⁴⁴ MARINHO, Fernando. **Guia de plano de continuidade de negócios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018. p. 86.

²⁸⁴⁵ “*Cloud computing* ou computação em nuvem é a entrega da computação como um serviço ao invés de um produto, onde recursos compartilhados, software e informações são fornecidas, permitindo o acesso através de qualquer computador, *tablet* ou celular conectado à Internet. Uma de suas vantagens é o melhor aproveitamento dos investimentos em hardware. Como a parte mais pesada do processamento fica na ‘nuvem’, o usuário pre-cisa apenas de um navegador e uma boa conexão à internet para utilizar o serviço”. FERNANDES, Carol. **O que é cloud computing?** [recurso eletrônico - TECHTUDO]. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/03/o-que-e-cloud-computing.html>. Acesso em: 2 jun. 20.

qualquer lugar do planeta por meio da internet²⁸⁴⁶, sem a necessidade de estar vinculado e dependente a qualquer *software* instalado em determinado dispositivo tecnológico²⁸⁴⁷.²⁸⁴⁸

Conforme expõe Piccoli, o volume de informações virtuais existentes no mundo praticamente dobra anualmente, tornando cada vez mais obsoletos dispositivos físicos que não possuem capacidade de expansão de armazenamento, por isso o armazenamento em nuvem é uma alternativa necessária, especialmente diante do aumento do uso da inteligência artificial. A nuvem pode permanecer constantemente em crescimento, de acordo com a necessidade, e já há um consenso entre os tribunais de que esse é um caminho sem volta.²⁸⁴⁹

As nuvens podem ser classificadas em quatro grupos. Nuvem **privada**, desenvolvida para uso exclusivo de determinada instituição. Nuvem **pública**, compartilhada indistintamente por qualquer usuário, serviço amplamente oferecido na iniciativa privada. Nuvem **híbrida**, que possibilita o compartilhamento de dados na combinação entre os modelos de implantação, e a nuvem **comunitária**, destinada ao atendimento específico de um grupo com interesses comuns.²⁸⁵⁰ Piccoli aduz que o modelo de nuvem comunitária, “criada para atender um grupo específico de organizações, é um modelo que poderia ser adotado pelo Judiciário,

²⁸⁴⁶ “A ideia da computação em nuvem é que seja possível a realização de serviços de qualquer lugar do mundo não havendo a necessidade de instalação de programas específicos nos equipamentos computacionais que serão utilizados.[...] A primeira vez que surgiu a expressão ‘cloud computing’ foi na área acadêmica, quando Ramnath Chellappa em 1997 usou o conceito em uma de suas palestras que ministrava, porém, o conceito em si foi concebido em 1960 quando John McCarthy disse: ‘Computação poderia algum dia ser considerada uma utilidade pública’”. PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. p. 146.

²⁸⁴⁷ “Nuvem pessoal substitui os computadores pessoais e nuvem nas empresas: os recursos tecnológicos da nuvem (*cloud*) irão guardar todos os dados e informações das pessoas, relacionados aos conteúdos pessoais e/ou profissionais, e estes recursos serão capazes de possibilitar diversos outros. Como a adoção da nuvem cresce, os departamentos de TI nas empresas deverão criar/ampliar ‘serviços em nuvem’ para serem usados como foco central a fim de gerenciar o acesso a serviços externos. PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. p. 12.

²⁸⁴⁸ CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. **Computação em nuvem e considerações contratuais**. [artigo virtual]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6c46d6ccf72dec9>. Acesso em: 12 jun. 20.

²⁸⁴⁹ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 90.

²⁸⁵⁰ CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. **Computação em nuvem e considerações contratuais**.

com a criação de uma nuvem do Poder Judiciário”, integrando, assim, os diversos tribunais existentes²⁸⁵¹. Essa nuvem poderia ser estendida igualmente aos Órgãos Orbitais, que se valeriam dos *softwares* do Judiciário para o desenvolvimento da Jurisdição burocrática.

10.2.3 *Smart courts*

Apresentadas as novas tecnologias e os respectivos funcionamentos delas no plano teórico, esse tópico abordará como elas têm sido utilizadas na prática, constituindo cortes inteligentes e reamoldando a cultura que envolve todos os sistemas de justiça do mundo – ainda que de modo embrionário.

10.2.3.1 Tribunais *on-line*: uma nova maneira de enxergar o acesso e o exercício da Jurisdição

Conforme exposto por Ferrari²⁸⁵² – e abordado anteriormente na primeira parte da presente pesquisa –, foi somente no século XX que o Judiciário se tornou o palco principal para a resolução dos conflitos jurídicos sociais, e, não obstante, tão logo passou a metade do mesmo século já havia se tornado claro que a Jurisdição estatal não seria capaz de atender, com a velocidade necessária, todas as demandas a ela submetidas, tampouco responder elas de modo satisfatório diante da falta de conhecimento específico sobre determinados objetos em disputa.

Foi nesse contexto que as **ADRs** - *alternative dispute resolutions* -, ou meios alternativos de resolução de conflitos, surgiram, como relatado, por exemplo, por Cappelletti²⁸⁵³, a partir do estudo de Florença, em relação à conciliação, mediação e arbitragem – o termo “alternativo” posteriormente foi substituído por “adequado”. Essas alternativas foram inicialmente bastante celebradas, por suprir diversas deficiências da Jurisdição estatal, mas logo igualmente se percebeu que

²⁸⁵¹ PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 93.

²⁸⁵² FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 21-26.

²⁸⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**.

elas, na sua forma de exercício tradicional, também possuíam limitações relevantes, como é o caso da dependência presencial das partes e de um terceiro em um determinado espaço físico concomitantemente em certo momento temporal.²⁸⁵⁴

Em razão das exigência de um mundo globalizado e hiperconectado, esse contexto geral despertou a ideia de racionalizar mecanismos virtuais para a resolução de conflitos, denominados **ODRs** – *on-line dispute resolutions*.²⁸⁵⁵

O exemplo mais significativo de ODR existente no mundo foi desenvolvido pelo *e-commerce* *eBay*, permitindo a resolução *on-line* de mais de 60 milhões de disputas por ano. De acordo com o destacado por Ferrari, se fosse uma corte de justiça, o *eBay* seria a maior dos Estados Unidos, e o maior juizado para pequenas causas jurídicas do mundo, dirimindo mais processos do que a justiça federal estadunidense.²⁸⁵⁶ O sistema é informatizado e todas as informações são analisadas a partir do *big data*, permitindo que se possa aprender e evoluir constantemente.

O sistema do *eBay* foi projetado por Colin Rule, que hoje disponibiliza uma plataforma *on-line* denominada “Modria”²⁸⁵⁷, que pode ser utilizada por qualquer usuário e inclusive alugada por tribunais ao redor do mundo.²⁸⁵⁸

²⁸⁵⁴ “Em um momento em que as relações são estabelecidas, muitas vezes, além de fronteiras, fuso-horários e de forma assíncrona, esse tipo de ambiente de solução de conflitos deixou de ser o suficiente. Nesse contexto, a mesma tecnologia que permitia uma interação muito mais intensa - e portanto, a eclosão de mais conflitos - passou a ser pensada como um instrumento para auxiliar na resolução dessas disputas”. FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 40.

²⁸⁵⁵ OTTAWAY, Andrew. **Online dispute resolutions is coming: are we ready?** [recurso digital] Disponível em: https://www.oba.org/JUST/Archives_List/2017/August-2017/OnlineDispute. Acesso em: 15 jul. 20.

²⁸⁵⁶ FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 25.

²⁸⁵⁷ “One of the most interesting developments in court ODR is the acquisition of Modria by Tyler Technologies in May 2017. Modria is the leading software platform for the design and operation of online dispute resolution services. It was established by Colin Rule and Chittu Nagarajan in 2011, after the two left their positions at eBay and Paypal. Rule and Nagarajan developed the eBay-Paypal ODR system, which handled over 60 million disputes a year, the vast majority of which were resolved through automated dispute resolution services”. EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **The new new courts**. *AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW* [Vol. 67:165]. Disponível em: http://law.haifa.ac.il/images/NEW-NEW-CTS-FINAL-PDF_2.pdf. Acesso em: 5 jun. 20. p. 201.

²⁸⁵⁸ FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 28.

Ferrari conclui que as ODRs vão além de uma simples transferência da disputa do ambiente físico para virtual, consistindo em uma verdadeira mudança de pensamento e da maneira de endereçar os conflitos que se apresentam, e a incorporação dessas ferramentas ao Poder Judiciário vem dando origem aos chamados **tribunais on-line**, movimento mundial inserido em um contexto da busca por uma melhor prestação jurisdicional – **smart courts**^{2859, 2860}.

Nesse campo, dois exemplos podem ser destacados: na Austrália, ainda na virada do milênio, o Judiciário daquele Estado adotou uma ferramenta denominada *e-courtroom*, que possibilitava que as parte apresentassem seus argumentos por *e-mail*, modificando substancialmente a forma da prestação jurisdicional, tornando ela acessível inclusive para comunidades geograficamente isoladas, como os aborígenes.

E mais recentemente, outra ferramenta denominada *UK money claim*, no Reino Unido, consistente em uma espécie de corte *on-line* que permite que uma parte demande a outra virtualmente para o pagamento de dívidas de até \$100.000,00 (cem mil libras); se a parte demandada permanecer inerte, a dívida é reconhecida e o pedido é convertido em título executivo – essa ferramenta ensejou a abertura de um grupo de trabalho para remodelar a Jurisdição prestada no Reino Unido²⁸⁶¹, capitaneada por Richard Susskind^{2862, 2863}.

²⁸⁵⁹ FINUCAN, Logan et al. **Smart Courts: Roadmap for Digital Transformation of Justice in Africa**. [recurso digital]. Disponível em: <https://www.accesspartnership.com/cms/access-content/uploads/2018/08/WP-Smart-Courts-Roadmap-Africa.pdf>. Acesso em: 8 jul. 20.

²⁸⁶⁰ FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 37.

²⁸⁶¹ UNITED KINGDOM. **The HMCTS reform programme**. [recurso digital] Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/the-hmcts-reform-programme>. Acesso em: 17 jun. 20.

²⁸⁶² GOODMAN, Richard. **Reform of the Courts & Tribunals: International Conference, Digital Courts**. [recurso digital] Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/761724/ENGLAND_AND_WALES.pdf. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁸⁶³ "In July 2016, Lord Justice Briggs, then of the Court of Appeal of England and Wales, now of the Supreme Court of the United Kingdom, published the Civil Courts Structure Review, proposing the institution of an "Online Solutions Court" for monetary claims of up to £25,000, rolling out in phases with an initial cap of £10,000. The Briggs Report was preceded by another important report authored by Professor Richard Susskind and the Civil Justice Council in which the contours of such an online court, then called "Her Majesty's Online Court," were drawn and the seeds for its adoption were planted. The establishment of the court is part of a more sweeping £730

Ambas ferramentas significaram o início de uma mudança cultural, especialmente quando as duas nações, Inglaterra e Austrália, são adotantes do sistema da *common law*, que atribui especial importância às audiências presenciais com o chamado “dia na corte”.²⁸⁶⁴

Grande parte das conclusões apontadas por Ferrari são derivadas dos estudos de Ethan Katsh e Orna Einy sobre os tribunais *on-line*, notadamente dispostos na obra *Digital Justice*²⁸⁶⁵.

Para Einy e Katsh²⁸⁶⁶, os tribunais *on-line* representam os “novos novos tribunais” (*new new courts*). Enquanto a instituição das ADRs deu novos contornos aos tribunais tradicionais décadas atrás, inserindo no processo clássico (no processo civil), que buscava apenas a sentença jurídica, outros elementos alternativos para a solução do conflito, como a conciliação e a mediação, as novas tecnologias, principalmente o uso de algoritmos e a disponibilidade de *big data*, estão reformulando novamente os procedimentos judiciais de um modo a tornar a Jurisdição mais eficiente e acessível, avançando para um conceito de “novo novo tribunal”.

A Jurisdição está entrando em uma nova era, com muitas mudanças, gerando um grande desafio a ser enfrentado pelos tribunais, em regra conservadores diante da missão social que possuem de regular o ritmo de transformação da sociedade. A implementação dessas tecnologias refletirá em todos os campos da Jurisdição, desde as mais profundas até as mais simplórias, como as audiências presenciais e os documentos físicos, que são fruto ainda da era da impressão gráfica, do uso do papel, situações que estão sendo paulatinamente minadas diante das qualidades da comunicação digital e que não mais combinam

million reform of the entire court system and is scheduled to be launched in full by April 2020”. EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **The new new courts**. AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW [Vol. 67:165]. p. 194.

²⁸⁶⁴ FERRARI, Isabela et al. **Justiça digital**. p. 43-45.

²⁸⁶⁵ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

²⁸⁶⁶ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **The new new courts**.

com a sociedade do século XXI.²⁸⁶⁷

Em inúmeras situações – inclusive em áreas sensíveis como a da “família” –, é possível verificar as ODRs funcionando plenamente de modo remoto, em negociação, mediação e arbitragem pela internet, especialmente quando as ADRs e os tribunais estão indisponíveis, são muito caros ou ineficientes. De acordo com os ensinamentos de Einy e Katsh, embora a adoção de ODRs na Jurisdição possa parecer uma extensão das operações judiciais existentes, simplesmente melhorando a conveniência e a acessibilidade aos tribunais, a adoção deles pelos tribunais, juntamente com outros elementos de tecnologia, mudaria por completo a Jurisdição como nós conhecemos. Os **tribunais deixariam de ser espaços físicos** e geográficos, a **tecnologia auxiliaria a tomada de decisão humana**, a análise dos dados permitiria a adoção de **soluções preventivas**, não apenas na função **jurisdicional**, mas especialmente da função **legislativa**, ao possibilitar que o Estado detenha informações, a partir da Jurisdição, dos verdadeiros problemas jurídicos que causam litígios para o estabelecimento de novas leis.²⁸⁶⁸

Em linhas gerais, os tribunais *on-line*, além de melhorarem o acesso à justiça ao fornecerem procedimentos judiciais menos complexos, estão igualmente sedimentados em três aspectos importantes: serão **totalmente on-line**; incorporarão **ADRs**; terão **instrumentos inteligentes** disponíveis para a utilização **prévia** das próprias partes. Dessa forma, um jurisdicionado, ao procurar o tribunal *on-line*, primeiramente encontrará uma **fase exploratória** acerca do seu litígio, prestada por *software* de IA, que irá esclarecer se a demanda é ou não juridicamente válida e, em sendo, quais os caminhos disponíveis para a sua consecução, fornecendo, desde logo, os “formulários” virtuais de solicitação. As opções não serão apenas jurisdicionais: o sistema poderá instruir o usuário a procurar outros mecanismos alternativos, públicos ou privados. Esses instrumentos podem consistir na contribuição mais importante dessa nova era, especialmente ao jurisdicionado não

²⁸⁶⁷ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 181-8.

²⁸⁶⁸ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 189-194.

representado.²⁸⁶⁹

É por isso que os novos novos tribunais não são apenas versões mais baratas, eficientes e acessíveis dos novos tribunais tradicionais, mas se apresentam como uma **nova instituição** capaz de transformar as características e os objetivos da prestação jurisdicional estatal, tornando-a menos adversarial, mais flexível e sensível ao contexto como um todo, expandindo sua atuação para além da visão clássica do processo.²⁸⁷⁰

Ferrari, reportando-se ao conteúdo da obra *Digital Justice*, aduz que Einy e Katsh apontam três viradas (*turning points*) que devem ser promovidas no cenário jurisdicional. A *primeira* delas é a transmutação da percepção atual do tribunal como sendo um local físico para outra concepção vislumbrando o tribunal como um local **híbrido** ou totalmente **virtual**. Pois, a partir do momento em que a Jurisdição é encarada como um **serviço**, começa a ser questionável a utilidade em se obrigar as pessoas a se deslocar fisicamente até as cortes diante da enorme disponibilidade de recursos tecnológicos que permitem que a mesma tarefa seja realizada pelo jurisdicionado de um modo virtualmente mais confortável, com ganhos no acesso à justiça e diminuição do tempo e custos.²⁸⁷¹

A *segunda* virada consiste no abandono da ideia de que apenas **humanos** podem intermediar conflitos jurídicos, e a *última* seria a alteração de um sistema que preza pela confiabilidade dos **dados** processuais para outro que permita a ampla divulgação dos respectivos conteúdos, possibilitando uma melhor formação do *big data* e desenvolvimento do *analytics* para a formação das estratégias de enfrentamento das demandas.²⁸⁷²

Sem embargo, de maneira pormenorizada e complementando a exposição de Ferrari, Einy e Katsh registram que as características dos “novos

²⁸⁶⁹ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 195.

²⁸⁷⁰ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 203.

²⁸⁷¹ FERRARI, Isabela *et al.* *Justiça digital*. p. 54/5.

²⁸⁷² FERRARI, Isabela *et al.* *Justiça digital*. p. 55.

novos tribunais” afetam as barreiras do **acesso** à Jurisdição de maneira imaginável no passado, fundadas em três mudanças **disruptivas**.²⁸⁷³

A *primeira* mudança disruptiva envolve mover a resolução das demandas do campo físico para o **virtual**; as plataformas existentes e outras que serão desenvolvidas poderão fornecer fóruns totalmente virtuais, ou ao menos contar com processos híbridos, combinando modelos *on-line* com abordagens físicas presenciais. Conforme exposto anteriormente, a mudança também envolve o **acesso prévio à informação jurídica** por meio de um **assistente virtual** movido à **inteligência artificial** para facilitar o **acesso aos tribunais** ou aos **órgãos públicos** e **mecanismos privados alternativos**, sem que para isso o jurisdicionado necessite de um terceiro para lhe representar ou comparecer fisicamente a um tribunal. E essas informações e instrumentos *on-line* de resolução de conflitos devem envolver também questões complexas²⁸⁷⁴, não se limitado, por exemplo, às pequenas causas.²⁸⁷⁵

E é assim que emerge a *segunda* mudança disruptiva, consistente em confiar menos a intervenção humana e mais a tomada de decisão lastreada na análise de dados. Sem dúvida essa é uma inovação que reduz custos, mas, ao mesmo tempo, enseja o surgimento de riscos, especialmente na inserção de **algoritmos** no processo judicial. Quando bem projetados, os algoritmos podem aumentar a consistência decisória, reduzir tendências e a discricionariedade humana, mas, porém, se mal projetados, podem operar de maneira tendenciosa e frustrar as aspirações de justiça.²⁸⁷⁶

A *terceira* consiste em uma nova compreensão a respeito do valor que possuem os **dados**, comumente denominados de **big data**, produzidos no decorrer

²⁸⁷³ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 203-212.

²⁸⁷⁴ "Como se vê, essas iniciativas demonstram que as ferramentas de ODR podem ser empregadas também para solucionar conflitos altamente emocionais (e, muitas vezes, de forma mais satisfatória do que o Poder Judiciário), e também podem ser utilizadas para simplificação de temas complexos, seja por meio da linguagem, seja pela acessibilidade do cidadão comum". FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 43.

²⁸⁷⁵ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 203.

²⁸⁷⁶ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 203/4.

dos procedimentos de resolução de disputas. Alguns tribunais limitam o acesso a esses dados processuais a partir de critérios de confidencialidade, mas essa concepção precisa ser superada e alterada para que os dados sejam produzidos em maior quantidade de modo a realmente possibilitar a visão holística da Jurisdição – esse é um problema que não afeta o Brasil, que possui como regra a publicidade dos atos judiciais.²⁸⁷⁷

Nesse contexto, Einy e Katsh se reportam às **barreiras** de acesso à justiça desenvolvidas por Mor, consistentes em barreiras de *entrada*, que existem ao acessar o sistema de justiça, como custos, capacidade e arquitetura; barreiras *estruturais*, que são praticamente infinitas por serem culturais, ideológicas ou psicológicas e que restringem o próprio acesso à lei, e não somente ao uso efetivo do sistema jurídico, mesmo quando inexistente qualquer barreira formal; e as barreiras que impedem o *resultado justo* à demanda, que se relacionam com o conteúdo das regras e decisões legais que moldam o acesso à justiça.²⁸⁷⁸

Nessa via de acesso, os “novos novos tribunais” oferecem uma perspectiva de equilíbrio, aprimorado em razão das qualidades da tecnologia digital e, em particular, no uso de algoritmos e dados. Os processos *on-line* podem ser conduzidos de qualquer local onde se tem acesso à internet, a qualquer hora e a qualquer dia, eliminando não apenas barreiras físicas, mas também econômicas. Isso gera reflexos não somente ao jurisdicionado, mas também aos tribunais, que não precisam manter enormes espaços físicos, que podem ser substituídos, por exemplo, por pequenos centros “híbridos” de atendimento melhor localizados²⁸⁷⁹ – como um “quiosque” em um *shopping center*.

No tocante ao **acesso substancial** aos próprios direitos em si, Einy e Katsh aduzem que, a partir da implementação de instrumentos de IA que possam explicar e orientar plenamente a questão jurídica aos que não estejam representados, passa a existir também um **equilíbrio** entre todos acerca do

²⁸⁷⁷ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 205.

²⁸⁷⁸ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 206.

²⁸⁷⁹ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 206/7.

conhecimento da legalidade e da interpretação dos tribunais a respeito do problema jurídico. A introdução de algoritmos **nivela** o campo de jogo entre os litigantes assíduos e os novatos – ou litigantes **habituais** e **eventuais**, nas palavras de Cappelletti²⁸⁸⁰. E tudo ocorre de maneira **on-line**, acessível de longe, sem a necessidade de deslocamentos ou enfrentamento da burocracia em repartições públicas e sem nenhum custo, fazendo a ponte entre a periferia e o centro.²⁸⁸¹

Esse processo *on-line*, aliado às ferramentas de aproximação do usuário eventual, acarretam uma outra grande consequência a partir do momento em que a **análise de dados** se torna efetiva, que é o surgimento das novas vozes oriundas dos grupos em que estão situadas as **minorias**, normalmente afastados do processo jurisdicional e da concessão de direitos, cujo resultado analítico das demandas pode incidir na elaboração de novas **políticas públicas**. Além disso, quando esses indivíduos isolados procuram a Jurisdição, por meio da análise de dados é possível identificar **demandas reprimidas**, e expandir os resultados de litígios individuais para **grupos coletivos** maiores.²⁸⁸²

Nesse mesmo norte, Susskind²⁸⁸³, professor da Universidade de Oxford, vem se dedicando ao tema da aplicação da inteligência artificial no ramo jurídico há

²⁸⁸⁰ "Litigantes 'eventuais' e litigantes 'habituais': O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes 'eventuais' e 'habituais', baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos 'habituais', de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégia com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos". CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 25/6.

²⁸⁸¹ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 208.

²⁸⁸² EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 209.

²⁸⁸³ SUSSKIND, Richard. **Richard Susskind: My case for online courts**. [recurso eletrônico - Legal Cheek - dez. 19]. Disponível em: <https://www.legalcheek.com/2019/12/richard-susskind-my-case-for-online-courts/>. Acesso em: 10 jun. 20.

bastante tempo. Possui inúmeras obras publicadas a respeito e é reconhecido por, em regra, acertar em suas previsões futuristas²⁸⁸⁴.

Desde ao menos a década passada, Susskind defende que a tecnologia irá mudar completamente a atividade relacionada ao direito. Na advocacia, por exemplo, exceto em casos complexos de alto valor, a profissão perderá a importância com o passar dos anos; e alerta que é premente que as universidades em geral adotem em seus cursos de direito disciplinas que envolvam a resolução de disputas jurídicas por meios tecnológicos, para que haja desde logo uma formação do advogado para o século XXI.

No futuro, conforme destacado por Susskind, a maioria dos litígios será resolvida por meio de **tribunais on-line**, e não em audiências físicas presenciais. Esse é um caminho necessário diante do fato de que as cortes de justiça ao redor do mundo são, como regra geral, absolutamente **deficitárias** – Susskind cita o exemplo do Brasil, com seus quase cem milhões de processos²⁸⁸⁵.

Além disso, todos os processos são altamente **burocráticos e custosos**, e mesmo nos mais avançados Estados ainda se demora muito tempo para receber um defecho processual por sentença, especialmente na área cível, e os processos em si são **inteligíveis** apenas aos profissionais da área, e não à população em geral. Assim, esse é um grande problema de **acesso à justiça**, mas atualizada aos novos tempos, não se limitando somente aos tradicionais destacados desde muitas décadas atrás por Cappelletti. Por isso, a limitação à efetiva decisão jurisdicional atualmente aflige também aqueles que anteriormente tinham pleno acesso, tornando-se inacessível igualmente à grandes empresas – vide como a arbitragem é bastante procurada para a resolução de litígios em empresas multinacionais. É por

²⁸⁸⁴ Vide esta, de 2010: SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

²⁸⁸⁵ “I cannot imagine, for example, that the backlog of court cases in Brazil, 100 million in number, will be cleared by lawyers and judges beavering away in conventional courtrooms. And Brazil is a country in which the rule of law and courts are relatively well established. Many countries have much less developed court systems”. SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 29.

isso que como alternativa ao efetivo acesso à Juridicção Susskind sugere a criação dos tribunais *on-line* por todo o mundo – em substituição às antigas instituições majoritariamente analógicas, relativamente lentas e ainda pouco acessíveis²⁸⁸⁶.

Susskind enxerga *duas dimensões* diferentes em que a ideia dos tribunais *on-line* podem ser aplicadas. A *primeira* delas pode ser identificada pelos “**juílgamentos on-line**”, uma mudança radical de como a Jurisdição é atualmente prestada com relação aos procedimentos judicializados. Os processos serão conduzidos por juízes ordinários, mas não mais tramitarão em tribunais construídos com tijolos e argamassa. Ao invés disso, as partes entregarão suas provas e pedidos em uma **plataforma virtual**, por meio de um serviço *on-line*, e os juízes irão proferir igualmente as sentenças não em prédios físicos, mas também na plataforma virtual.

Mas esses procedimentos diferem radicalmente daqueles digitalizados vislumbrados atualmente. Eles serão muito mais **informais**. Não serão os julgamentos conduzidos por *links* virtuais com a participação simultânea dos envolvidos. Ao contrário; não haverá audiência. Diversamente, haverá uma contínua participação dos integrantes processuais, com sucessivas trocas de informações e documentos, sem qualquer espécie de sustentação oral, notadamente nos casos de menor complexidade – ou que admitam o julgamento antecipado, por exemplo.

Essa seria uma radical²⁸⁸⁷ mudança não apenas no procedimento, mas na **liguagem tecnológica**.²⁸⁸⁸ A atual comunicação nos tribunais pode ser classificada

²⁸⁸⁶ PADILHA, Lucas Wosgrau. **O que a Corte de Internet de Pequim revela sobre o futuro do Judiciário?** [Recurso eletrônico - JOTA]. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-a-corte-de-internet-de-pequim-revela-sobre-o-futuro-do-judiciario-31052020. Acesso em: 15 jun. 20.

²⁸⁸⁷ "Vale reforçar que o cenário atual das Cortes Online ultrapassa a noção primitiva de usa da tecnologia como meio de agilizar o processo. O objetivo passa a ser, então, redesenhar todo o sistema a partir de tecnologia. Nessas iniciativas mais recentes, o que se vê, então, é uma transformação completa do approach na maneira de pensar como a prestação jurisdicional é entregue para aquele que se utiliza desse serviço". FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 47.

²⁸⁸⁸ "Online courts, as proposed here, are a clear illustration of transformation and not automation. The technologies envisaged will not simply sustain or streamline our current court systems. They will not simply graft new technology onto old processes. Instead they will transform, disrupt, and bring radical change. They will allow us to deliver court services in ways that were neither feasible nor

como “síncrona”, e o julgamento *on-line* deve comportar formas **assíncronas** de interação. Assim, enquanto na primeira todos os envolvidos precisam estar disponíveis simultaneamente para que o processo avance, na segunda esse sincronismo é dispensável.

Na *segunda dimensão*, o sentido do tribunal *on-line* é mais generalizado, como se fosse um **tribunal “estendido”**, permitindo que serviços jurídicos sejam prestados de maneira mais ampla do que a simples hetrocomposição do litígio pelo Estado. Esses **serviços virtuais** incluiriam ferramentas tecnológicas que auxiliariam os usuários a entenderem seus respectivos **direitos, deveres e as opções jurídicas** disponíveis, incluindo meios alternativos e adequados de resolução de conflitos, mecanismos de suporte aos usuários “auto-representados” para ajudar a reunir provas e formular argumentos, assim como aconselhamentos que possam auxiliar a promover acordos não judiciais, mas não como alternativa ao pronunciamento dos tribunais, e sim como parte integrante deles.

Essa seria a primeira geração dos tribunais *on-line*; mas olhando ainda mais para o futuro, Susskind imagina uma segunda geração de tribunais *on-line*, no qual uma grande parte desses serviços será prestado inteiramente por **seres artificiais**, inclusive com determinações jurídicas vinculativas.

Susskind sempre diz, com muita propriedade, que o tribunal é um **serviço**, e não um lugar.

Dessa forma, os tribunais *on-line* podem ser considerados como uma evidente ilustração da clara transformação a que a Jurisdição será submetida em um futuro não distante. Estaríamos diante de uma revolução na forma como ela é prestada e encarada, e não somente de mais uma evolução. As novas tecnologias não irão apenas dinamizar os processos convencionais ou simplificar os atuais sistemas automatizados. Ao invés disso, as novas tecnologias realmente

implementarão mudanças radicais, disruptivas, permitindo a prestação de serviços judiciais de uma maneira inimaginável anos atrás.

E quando se fala em revolução, ela não se limita a forma como a Jurisdição é desenvolvida, mas principalmente a maneira como ela se apresenta para a sociedade. Será, por isso, uma transformação igualmente **cultural**, alterando, por certo, também o **escopo** da Jurisdição, deixando a função jurisdicional de ser somente o *locus* de resolução do conflito ou o produto jurídico final do litígio – sentença –, passando a constituir a **matéria prima** inicial para a **prevenção dos conflitos** existentes em sociedade, notadamente diante da *big data analytics*, compartilhando esses resultados com a esfera **governamental** do Estado para o melhor desenvolvimento de **políticas públicas**, destacadamente as que irão prevenir litígios. Será a Jurisdição a informar com propriedade estatística quais são os verdadeiros problemas sociais, e não apenas os jurídicos, em uma nova concepção de exercício de funções de Poder político.

Por certo essa transformação disruptiva não deverá ocorrer do dia para a noite. Para Ferrari, a implementação dos tribunais *on-line* passa ao menos por três etapas: a *primeira* consiste na digitalização dos processos - o que existe em larga escala no Brasil. A *segunda* é a fase da automação, quando os processos passam a ser parcialmente administrados de forma automática pelas máquinas, especialmente em ações padronizadas e repetitivas - o que é vislumbrado de certa forma no cenário nacional. E a *terceira* seria a análise holística da Jurisdição a partir da coleta de dados processuais, examinando estatísticas e definindo estratégias, ainda que nesse estágio não se aplique a IA para a tomada da decisão jurídica propriamente dita.²⁸⁸⁹

Susskind também compartilha uma importante preocupação que seria por onde iniciar esse processo tecnológico nos tribunais, se primeiramente nos procedimentos prévios à tomada da decisão jurídica, ou nos assistentes artificiais de auxílio à elaboração da sentença, tendo em vista que, enquanto os primeiros atuam

²⁸⁸⁹ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 65/6.

no **input** – entrada – da Jurisdição, os segundos trabalham no **output** – saída – da Jurisdição. Atualmente, com o volume de estoque existente e as altas taxas de congestionamento processual, possivelmente o mais prudente seria começar os investimentos tecnológicos no **output**, permitindo que os acervos existentes sejam efetivamente enfrentados; até porque, se o trabalho inicial for no **input**, a tendência é que o **output** esteja ainda mais sobrecarregado em um futuro próximo, diante da ampliação do acesso e automação efetiva dos procedimentos.

Com relação à **Jurisdição Plural**, todo o descrito sobre os tribunais *on-line* é plenamente aplicável aos Órgãos Orbitais. Aliás, a própria concepção do Órgão Orbital exige que ele seja informal, desburocratizado, acessível e tecnológico. Os julgadores orbitais se alinhariam perfeitamente ao que em geral se propõe como a nova forma de acesso à Jurisdição e aos direitos em geral. Notadamente a partir do momento que a Jurisdição exige em seu produto final – sentença – a intervenção humana – IA fraca –, e o foco até hoje para o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas atuam muito mais sobre o **input** do que no **output**, o julgador orbital será um fator essencial para o desenvolvimento dessa nova maneira de enxergar a Jurisdição, notadamente na resolução heterocompositiva estatal do conflito jurídico.

10.2.3.2 Tribunais tecnologicamente inteligentes da China

A profecia de Susskind, registrada em sua obra *Online Courts and the Future of Justice* sobre o exercício futuro da Jurisdição por meio de tribunais *on-line*, já é realidade na China.²⁸⁹⁰

Enquanto a tecnologia tem avançado paulatinamente e exercendo uma importante missão na Jurisdição, a China está experimentando e adotando em seus tribunais tecnologias muito mais profundas, em um ritmo mais rápido e em uma escala maior do que se observa nos demais Estados em geral. Nos últimos anos, os

²⁸⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **China posts top court's judgments online**. Clipping digital]. Disponível em: https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfNoticia_pt_br&idConteudo=242751. Acesso em: 4 jul. 20.

tribunais chineses se tornaram grandes centros de tecnologia, por meio da disponibilização de plataformas para a tramitação processual inteiramente *on-line*, tribunais especializados em internet e ampla utilização de ferramentas de inteligência artificial no gerenciamento de casos e resolução de conflitos jurídicos.²⁸⁹¹ Na China, todas as tecnologias acima destacadas – *big data*, *blockchain*, *cloud computing* e *IA*²⁸⁹² – deixaram de ser uma novidade na função jurisdicional estatal, fazendo emergir, portanto, verdadeiras *smart courts*, aumentando a eficiência, transparência e eficácia judicial.²⁸⁹³

Por exemplo, já no ano de 2013, o Supremo Tribunal Popular da China desenvolveu uma plataforma virtual denominada “*China Judgments Online*”²⁸⁹⁴, passando a integrar todos os 9.277 tribunais ordinários e os 39 tribunais marítimos existentes na China, conectados à plataforma e gerenciados por mecanismos inteligentes, com uso intensivo de *big data*.²⁸⁹⁵ Todos os dados processuais são processados a cada cinco minutos, permitindo uma cobertura global e uma análise simultânea em tempo real da prestação jurisdicional. As informações dos tribunais são asseguradas por meio do uso do *blockchain*; também é possível a utilização dos *smart contracts*.²⁸⁹⁶

²⁸⁹¹ Empresas de tecnologia e instituições judiciais chinesas têm pressionado o governo chinês para levar a tecnologia aos tribunais. As diversas tecnologias já estão disponíveis. Um tribunal em Pequim testou uma visualização em VR de uma cena de crime em março de 2018. O Supremo Tribunal da China ordenou que tribunais relacionados à Internet recém-formados reconheçam os dados digitais como evidência se eles tiverem sido verificados por métodos como *blockchains*. Alguns tribunais também começaram a aceitar evidências de plataformas populares de mensagens, incluindo WeChat e QQ. A China registrou 34% de todas as patentes de tecnologia legal em todo o mundo em 2016, perdendo apenas para os EUA. TECHNODE. **Briefing: China looks to build 'smart courts' with AI**. [recurso eletrônico - TECHNODE, jan, 19]. Disponível em: <https://technode.com/2019/01/28/china-smart-courts-ai/>. Acesso em: jun. 20.

²⁸⁹² XINHUANET. **China reforms judicial courts using internet technologies: white paper**. [recurso eletrônico, XINHUANET, 17 jun. 20]. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2019-12/05/c_138605955.htm. Acesso em: 20 jun. 20

²⁸⁹³ ZOU, Mimi. **'Smart Courts' in China and the Future of Personal Injury Litigation**. [Recurso eletrônico - Universidade de Oxford – mar. 20]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552895. Acesso em: 20 jun. 20.

²⁸⁹⁴ Disponível em: <http://english.court.gov.cn/>.

²⁸⁹⁵ "Aproximadamente 75% das Cortes chinesas estão em ambiente virtual. Essa situação fez com que houvesse uma redução de 30% do trabalho burocrático dos juízes e com que os erros judiciais fossem reduzidos em 12%". FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 63.

²⁸⁹⁶ AMARAL, Priscilla Peixoto. **A China e os tribunais inteligentes**. [recurso eletrônico - FOCUSJOR - maio 20]. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/>. Acesso em: 10 jun. 20.

Mas o uso da tecnologia na China vai além. Para enfrentar a alta litigiosidade das demandas consumeristas advindas do *e-commerce*, que passaram de 600, em 2013, para 10.000, em 2016, a China lançou, em 2017, na cidade de Hangzhou, sede das maiores empresas chinesas do ramo, inclusive da “Alibaba²⁸⁹⁷”, um tribunal com estrutura completamente virtual.²⁸⁹⁸ A abertura do processo é *on-line*, diretamente na plataforma virtual do tribunal, por meio da qual tanto advogados quanto postulantes podem anexar documentos; eventuais audiências, seja de conciliação ou de instrução, são realizadas por meio de *chat on-line*, telefone ou videoconferência^{2899, 2900}.

Em 2018, Pequim e Guangzhou também inauguraram seus respectivos tribunais *on-line*. A partir de janeiro de 2020, os tribunais *on-line* foram replicados em diversas localidades da China para respeitar às exigências do isolamento social diante da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), certamente fazendo anteciper uma realidade que estava bastante próxima – nesse ponto, não muito diferente da solução adotada pelo Brasil com relação aos processos eletrônicos, mas uma realidade não tão frequente mesmo em Estado desenvolvidos, como a Inglaterra^{2901, 2902}.

Esses tribunais abrigam robôs, juízes e técnicos que atuam na programação e manutenção dos sistemas. As salas de audiência são compostas por

²⁸⁹⁷ <https://offer.alibaba.com>

²⁸⁹⁸ “Um exemplo de fomento à cultura alinhada ao novo cenário digital é o Tribunal On-line criado na China para lidar com disputas originadas no comércio eletrônico. O governo do país estabeleceu o Tribunal de Internet para lidar com o crescente número de disputas relacionadas a compras on-line. Esse tribunal tem sede na cidade de Hangzhou, onde estão estabelecidas inúmeras empresas de *e-commerce* chinesas, incluindo a Alibaba”. PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. p. 45

²⁸⁹⁹ CHINA. **Plataforma virtual do tribunal de Hangzhou**. Disponível em: <https://www.netcourt.gov.cn/portal/main/en/index.htm>. Acesso em: 2 jun. 20.

²⁹⁰⁰ TECMUNDO. **China lança 'tribunal virtual' que só lida com disputas oriundas da web**. [artigo virtual] Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/121010-china-lanca-tribunal-virtual-so-lida-disputas-oriundas-web.htm>. Acesso em: jun. 20.

²⁹⁰¹ “Em março deste ano, por exemplo, os ministros do Reino Unido divulgaram que ainda estavam preparando uma legislação de emergência para permitir que os seus tribunais adotassem audiências *on-line* em vídeo”. AMARAL, Priscilla Peixoto. **A China e os tribunais inteligentes**.

²⁹⁰² PADILHA, Lucas Wosgrau. **O que a Corte de Internet de Pequim revela sobre o futuro do Judiciário?**

luzes, câmeras e microfones com estrutura de estúdio profissional. As sentenças orais são transcritas em tempo real por meio de tecnologia de reconhecimento de voz; os comandos de voz também são responsáveis pela maior parte das funções ordinárias. Não há trânsito de pessoas pelos corredores. Silencioso, o tribunal recebe apenas a visita de pesquisadores e juízes de outros locais do mundo. O tempo médio de tramitação do processo integralmente virtualizado é de quarenta dias, entre a petição inicial e o trânsito em julgado, execução da sentença ou apresentação de recurso; as audiências duram em média 37 minutos. A fase de execução também é *on-line*²⁹⁰³. O sistema oferece aos usuários a chance de se comunicar e receber decisões judiciais por texto ou através dos principais serviços de mensagens^{2904, 2905}.

Em razão do crescente aumento da demanda processual, a China tem permitido o uso de juízes robôs dotados de inteligência artificial para o julgamento dos processos mais simples, preservando a atuação dos juízes humanos para os casos mais complexos – “o ‘tribunal inteligente’ inclui juízes não humanos alimentados por inteligência artificial²⁹⁰⁶”. Nessas situações, o juiz – “holográfico” – é representando na transmissão por um holograma, com aparência humana, sintetizada de diferentes juízes. O juiz robô age normalmente, fazendo perguntas, instruindo e julgando o processo.²⁹⁰⁷ Com ajuda da cibernética, os tribunais *on-line* efetivamente funcionam 24h por dia, sete dias por semana²⁹⁰⁸.

Além do tribunal *on-line*, a China também mantém um aplicativo para *smartphone* denominado de “tribunal móvel”, que pode ser encontrado no *WeChat*, plataforma de mídia social mais popular da China. O projeto piloto iniciou em 2020,

²⁹⁰³ "Há, agora, um sistema inteligente todo integrado, incluindo a fase de execução da sentença. O leilão de bens, por exemplo, pode ser realizado *online* e de forma unificada, e 73% dos bens arrematados são vendidos dessa maneira (um total de mais de 650 milhões de itens). FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 64.

²⁹⁰⁴ LYNN, Bryan. **Robot Justice: The Rise of China's 'Internet Courts'**. [VOA NEWS - recurso eletrônico - dez. 19] Disponível em: <https://learningenglish.voanews.com/a/robot-justice-the-rise-of-china-s-internet-courts-/5201677.html>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁹⁰⁵ PADILHA, Lucas Wosgrau. **O que a Corte de Internet de Pequim revela sobre o futuro do Judiciário?**

²⁹⁰⁶ LYNN, Bryan. **Robot Justice: The Rise of China's 'Internet Courts'**.

²⁹⁰⁷ AMARAL, Priscilla Peixoto. **A China e os tribunais inteligentes**.

²⁹⁰⁸ LYNN, Bryan. **Robot Justice: The Rise of China's 'Internet Courts'**.

atuando em doze regiões provinciais com o fito de simplificar e facilitar os procedimentos judiciais em geral, permitindo aos usuários do sistema que concluem os processos sem se dirigirem aos tribunais, por meio do serviço jurisdicional classificado como “*one-stop*”.²⁹⁰⁹ O aplicativo utiliza tecnologia de reconhecimento facial para identificar o usuário e permite o arquivamento do pedido e das evidências – documentos, audições e elementos de prova em geral – para possibilitar o desfecho do processo.²⁹¹⁰

Dessa forma, o extremo oriente, mais precisamente a China, traz-nos ao menos três lições sobre a Jurisdição que poderiam ser replicadas em qualquer parte do mundo: A primeira delas é a cultura da *autocomposição* para a resolução de conflitos. No sistema chinês, muito antes da inovação tecnológica, já era observada a cultura da conciliação, sendo mais comum as pessoas em atrito buscarem auxílio com o “juiz de paz” local do que instarem diretamente o Poder estatal. Essa é uma maneira diferente de pensar a Jurisdição, que deve principiar desde cedo, na própria educação básica do ser humano. A Espanha também oferece bons exemplos no campo da tentativa de modificação da cultura do litígio: em escolas, são periodicamente eleitos árbitros dentre os alunos de cada faixa etária para que estes se tornem responsáveis por auxiliar a resolução de pequenos atritos existentes entre as crianças, semente plantada agora que deverá render bons frutos quando eles se tornarem adultos²⁹¹¹.

A segunda é que a *iniciativa privada* na China não fica à espera da resolução do problema social pelo governo. As empresas chinesas, por exemplo, tendem a participar efetivamente do processo de composição dos conflitos jurídicos, inclusive, como é o caso da própria Alibaba, fornecendo tecnologia e sua plataforma virtual ao tribunal *on-line* de Hangzhou, para que os postulantes possam se cadastrar e se identificar. Além dos tribunais *on-line*, a China também conta com plataformas virtuais privadas para a resolução desses conflitos, mantidas dentro dos

²⁹⁰⁹ AMARAL, Priscilla Peixoto. **A China e os tribunais inteligentes.**

²⁹¹⁰ XINHUANET. **China reforms judicial courts using internet technologies: white paper.**

²⁹¹¹ ABC. **Los 10 beneficios de la mediación en la escuela.** [recurso digital – ABC España]. Disponível em: https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-10-beneficios-mediacion-escuela-202001300158_noticia.html. Acesso em: 7 jun. 20.

sítios virtuais das empresas de *e-commerce*. Igualmente é possível verificar a complementariedade entre os setores público e privado: vinte e cinco empresas dos setores de inteligência artificial, realidade virtual, *cloud computing*, *blockchain* e *bigdata* atuaram na construção da corte de Pequim.²⁹¹² Assim, na China cada um verdadeiramente assume sua responsabilidade social.

Por fim, as *smart courts* chinesas são a mirada que devemos ter para o *futuro da Jurisdição*; a partir da efetiva inclusão tecnológica – outro problema social que precisará ser enfrentado imediatamente –, barreiras atualmente existentes, como acesso, celeridade processual e efetividade das decisões, tendem a ser superadas com o auxílio da tecnologia.²⁹¹³

Assim, por exemplo, diante do intenso comércio internacional eletrônico das empresas da China, a depender das regras aplicadas, o tribunal chinês *on-line*, justamente por não possuir raízes, poderá ser considerado um tribunal “planetário” para resolver problemas consumeristas que se expandem para além da esfera territorial chinesa.²⁹¹⁴

Como se observou no procedimento acima destacado, o cadastro do autor perante a corte pode ser feito na própria plataforma virtual do *e-commerce* do fornecedor que será o réu; as custas e eventuais cauções podem ser pagas virtualmente por intermédio da mesma plataforma. A inteligência virtual permitirá que qualquer idioma seja falado e traduzido imediatamente em tempo real, consentindo que todos dialoguem mesmo não utilizando uma linguagem universal, sem que haja barreiras em busca do direito.

²⁹¹² PADILHA, Lucas Wosgrau. **O que a Corte de Internet de Pequim revela sobre o futuro do Judiciário?**

²⁹¹³ Levar a tecnologia à população excluída é menos difícil do que levar “justiça”. Com a tecnologia, a “justiça” chegará de carona, especialmente em relação à periferia.

²⁹¹⁴ "Ao mesmo tempo, assistimos a uma crescente mobilização do direito internacional dos direitos humanos por parte de indivíduos, empresas e organizações não-governamentais (ONG), um fenômeno que alguns juristas designam por 'litigância transnacional' (Slaughter, 2003). Esse fenômeno inclui a transnacionalização da litigância para lidar com conflitos de natureza tanto comercial quanto relativos aos direitos humanos". SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 0.

Seria uma efetiva globalização da Jurisdição por meio da utilização de mecanismos cibernéticos dotados de avançada inteligência artificial, que igualmente poderia ser replicado em qualquer lugar do mundo em um futuro não muito distante. Além do comércio consumerista, possivelmente o turismo em breve deverá adotar soluções inteligentes semelhantes, permitindo que um viajante, por exemplo, tenha condições jurídicas de postular indenizações ou se defender de cobranças indevidas originadas em situações jurídicas ocorridas em Estados que ele visitou, como eventualmente ocorrem em deslocamentos transnacionais mediante aluguel de veículos.

As estatísticas dos três tribunais *on-line* da China estão disponíveis para conferência²⁹¹⁵. É possível acompanhar a visita no tribunal de Pequim por meio do *youtube*²⁹¹⁶.

10.2.3.3 Juízes robôs da Estônia²⁹¹⁷

Grandes centros de tecnologia estão sediados em diversos países reconhecidamente destacados em seu engajamento para concretizar a quarta revolução industrial. Mas, nesse campo, um pequeno Estado europeu, com cerca de 1,3 milhões de habitantes, parece ter tomado a dianteira na competição disruptiva com relação aos serviços públicos²⁹¹⁸: a Estônia.²⁹¹⁹

A Estônia foi o primeiro Estado do mundo a subverter os tradicionais conceitos identificadores da soberania estatal a partir da tecnologia. Desde que se

²⁹¹⁵ SUPREME PEOPLE'S COURT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINE. ***China's top court releases white paper on internet judiciary***. [Recurso eletrônico]. http://english.court.gov.cn/2019-12/04/content_37527763.htm. Acesso em: 9 jun. 20.

²⁹¹⁶ "<https://www.youtube.com/watch?v=QkczNbGxvN4&t=1116s>".

²⁹¹⁷ NILLER, Eric. ***Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So***. [recurso digital - WIRED, 03/2019]. Disponível em: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁹¹⁸ "O sonho da Estônia é ter o mínimo de estado possível, mas o máximo necessário". Vide: <https://e-estonia.com/solutions/>.

²⁹¹⁹ FERRARA, Yasmini. **Visita ao governo da Estônia: o mais moderno do mundo**. [recurso digital - E-COMMERCE BRASIL, out. 18]. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/visita-ao-governo-da-estonia/>. Acesso em: 6 jun. 20.

tornou independente da União Soviética na década de 1990, a Estônia tem dedicado seus investimentos precipuamente ao mundo virtual, tornando-se referência mundial em administração pública digital; um país até então agrário, desde os primeiros navegadores virtuais a Estônia buscou construir a infraestrutura necessária para levar a internet para todas as aldeias. Na Estônia, apenas três serviços públicos exigem a presença física das pessoas: casamento, divórcio e transferência de imóvel; todos os demais são realizados *on-line* – até mesmo o voto popular pode ser feito pela internet²⁹²⁰. A virtualização permitiu a desburocratização dos serviços públicos e a economia anual equivalente a 2% do PIB – a título comparativo, o Judiciário²⁹²¹ brasileiro custa em média 1,4%²⁹²² do PIB nacional^{2923, 2924}.

Mas o principal destaque na Estônia consistiu em criar um “RG digital”, tornando cogente o seu uso desde 2003, igualando a assinatura física à digital, o que estimulou a iniciativa privada, especialmente os bancos, a desenvolverem sistemas tecnológicos adequados, que acabaram por via reflexa patrocinando grande parte da infraestrutura do *e-government*. O sistema estônio é desenvolvido de modo aberto, então caso surja no mercado um novo sistema, basta acoplá-lo à infraestrutura estatal e estará funcionando conjuntamente com os demais. Todas as informações são prestadas uma única vez pelo cidadão ao Estado – “*once only rule*”; as informações circulam de modo criptografado, e o sistema se encarrega de os

²⁹²⁰ SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro "juiz robô" do mundo.** [recurso digital - abr. 19]. Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo-136099/>. Acesso em: 22 jun. 20.

²⁹²¹ SENADO FEDERAL. **Orçamento aprovado pelo Congresso para 2020 é o mais restritivo dos últimos anos.** [recurso digital - dez. 19] <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/27/orcamento-aprovado-pelo-congresso-para-2020-e-o-mais-restritivo-dos-ultimos-anos>. Acesso em: 7 jun. 20

²⁹²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números - 2019.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 8 jun. 20.

²⁹²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Produto Interno Bruto - PIB.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php#:~:text=O%20PIB%20do%20Brasil%20em,%24%201%20803%2C4%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁹²⁴ BIGARELLI, Bárbara. **Como a Estônia construiu uma sociedade digital.** [recurso digital - Revista Época - ago. 18]. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/08/como-estonia-construiu-uma-sociedade-digital.html>. Acesso em: 15 jun. 20.

organizar os dados na rede. A infraestrutura atual, denominada de *X-Road*²⁹²⁵, nunca foi *hackeada*.²⁹²⁶

Além disso, a Estônia investe fortemente em inteligência artificial e *machine learning*; com isso, treze funções estatais deixaram de ser realizadas por seres humanos e passaram a ser desenvolvidas por máquinas.

Mas a gestão digital da Estônia não se limita à função estatal executiva. Em todo o processo de desenvolvimento do *e-government* houve a efetiva participação do Poder Legislativo, criando um arcabouço jurídico que propiciou o desenvolvimento e a regulamentação das tecnologias utilizadas, assim como o engajamento do Poder Judiciário.

Notadamente com relação ao Judiciário, a última inovação tecnológica da Estônia foi a criação de um juiz robô²⁹²⁷. A aplicação da inteligência artificial no campo jurídico não é nenhuma novidade, mas, no entanto, possivelmente da Estônia se extraem as primeiras notícias dela sendo conferida com poder de decisão²⁹²⁸ para a construção da sentença de modo absolutamente dissociado do ser humano.²⁹²⁹

Os juízes robôs da Estônia seriam competentes para o julgamento de matérias envolvendo valores inferiores a €7.000,00 (sete mil euros), focados inicialmente em disputas “contratuais”, permitindo que os juízes humanos se

²⁹²⁵ Como funciona a *X-Rode*: <https://www.youtube.com/watch?v=9PaHinkJlvA>

²⁹²⁶ BIGARELLI, Bárbara. **Como a Estônia construiu uma sociedade digital**.

²⁹²⁷ NILLER, Eric. ***Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So***.

²⁹²⁸ “Existem três principais vertentes na utilização de algoritmos e da inteligência artificial pelo Judiciário, afirma Victor Rizzo, sócio-diretor da e-Xyon Tecnologia. [...] Já a terceira vertente é a mais polêmica: são os algoritmos de decisão de disputas legais simples, de baixa complexidade jurídica ou de pequeno valor econômico. ‘Nesse caso o algoritmo analisa os dados com base em dados precedentes e com base nas provas apresentadas pelas partes ele propõe uma decisão. Naturalmente que essa proposta de decisão sempre precisa ser validada ou ratificada por um ser humano, no caso, um juiz’, explica Rizzo. Já há exemplos de aplicação prática de sistemas desse tipo. Na Estônia, estão implementando o que chamam de ‘robô juiz’, aponta”. RODAS, Sérgio. **Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas**. [recurso digital - CONSULTOR JURÍDICO - out. 2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-ia-sao-usados-robos-decidam-pequenas-causas>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁹²⁹ SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro “juiz robô” do mundo**.

dediquem às causas mais complexas. As partes peticionariam e juntariam documentos, e o juiz robô prolataria a sentença, que poderia ser revista posteriormente por um juiz humano²⁹³⁰.²⁹³¹

A grande questão²⁹³² a ser enfrentada por esse modelo de prestação jurisdicional em que o “robô juiz” possui capacidade decisória está consubstanciado na dificuldade de programar os algoritmos de modo efetivamente neutro para que ele não apresente tendências e preconceitos nas decisões²⁹³³, como foi possível verificar nos Estados Unidos em *softwares*²⁹³⁴ desenvolvidos e programados com base na jurisprudência com relação às pessoas negras em processos penais – por exemplo, na dosimetria da pena mais elevada ao negro em relação ao branco.²⁹³⁵ Ocorreu, também nos Estados Unidos, a identificação de uma pessoa negra por meio do uso de algoritmo e inteligência artificial levando ela à detenção mesmo não tendo participado do crime²⁹³⁶. A falha na identificação facial de pessoas negras foi visualizada já tempos, por exemplo, em 2016, quando uma aluna de ciência da computação desenvolveu um software de reconhecimento facial para uma brincadeira²⁹³⁷ infantil denominada “*pikaboo*”, mas o software não interagiu com ela,

²⁹³⁰ THE TECHNOLAWGIST. **Estonia se prepara para tener 'jueces robot' basados en inteligencia artificial.** [recurso digital - junio 12, 2019]. Disponível em: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 3 jul. 20.

²⁹³¹ REVISTA ÉPOCA. **Estônia quer substituir os juízes por robôs.** [recurso digital]. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁹³² “A questão é sobre a programação destes mecanismos, a possibilidade de reiteração e potencialização de estereótipo e estigmas, ampliando a segregação social”. ROSA, Alexandre Moraes da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito.** p.

²⁹³³ SOPRANA, Paula. **Os computadores são racistas?** [recurso digital - Revista Época, maio 16]. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/05/maquinas-viraram-racistas.html>. Acesso em: 6 jun. 20.

²⁹³⁴ THE ATLANTIC. **A Popular Algorithm Is No Better at Predicting Crimes Than Random People.** [recurso digital - jan. 18]. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/>. Acesso em: 6 jun. 20.

²⁹³⁵ SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro “juiz robô” do mundo.**

²⁹³⁶ No que pode ser o primeiro caso conhecido desse tipo, uma falha no reconhecimento facial levou à prisão de um homem de Michigan por um crime que não cometeu – livre tradução. THE NEW YORK TIMES. **Wrongfully Accused by an Algorithm.** [recurso digital - 24/06/20] Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html>. Acesso em: 2 jul. 20.

²⁹³⁷ *Peekaboo* é uma forma de brincar com uma criança. Para jogar, um jogador esconde o rosto, volta para a visão do outro e diz *Peekaboo!* – fonte: google.

e posteriormente se descobriu que a IA não possuía a capacidade de identificar com precisão rostos de pessoas negras²⁹³⁸.

De todo modo, cientistas de computação da *Universidade College London* - UCL desenvolveram um software, semelhante ao “juiz robô” estônio, que é capaz de ponderar evidências legais e questões morais. O *software* foi testado em um ambiente externo ao da Jurisdição e conseguiu premeditar o resultado da avaliação humana em centenas de situações que aconteceram na vida real, como foi o caso de 584 processos submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos em julgamentos relacionados à tortura, tratamento degradante e privacidade. O *software* tomou decisões idênticas às dos humanos da Corte em 79% dos casos – e a tecnologia ainda é neonata.²⁹³⁹

10.2.3.4 O Judiciário brasileiro 4.0

A preocupação com o emprego da tecnologia para melhorar a prestação da função jurisdicional é uma constante no Brasil, como anteriormente abordado. Apesar de possuir quase cem milhões de processos em tramitação, em comparação com os demais Estados de vanguarda em temas relacionados às *smart courts*, o Brasil está bem avançado em termos tecnológicos, não obstante a carência de participação da sociedade civil nesse campo. Em 2020, o Supremo Tribunal Federal lançou o *Plano de Transformação Digital para o Poder Judiciário*, consistente em um projeto de renovação a partir da implementação da tecnologia. No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, há um Centro de Inteligência Artificial para auxiliar os diversos tribunais nessa missão, que prevê, dentre tantas iniciativas, inclusive *softwares* em fase de testes capazes de desenvolver minutas de sentenças.²⁹⁴⁰

²⁹³⁸ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 83-86.

²⁹³⁹ GAZETA DO POVO. “Juiz” com inteligência artificial: software consegue julgar de modo similar a humanos. [recurso digital, 2016]. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/juiz-com-inteligencia-artificial-software-consegue-julgar-de-modo-similar-a-humanos-0h68nf91ibfcdqhrfntflasuq/>. Acesso em: 27 jun. 20.

²⁹⁴⁰ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 56.

Partindo da Suprema Corte, além dos exemplos anteriormente registrados, há em especial destaque a ferramenta de IA denominada *Victor*.

A perspectiva para a ferramenta é que ela utilize o que estiver disponível de mais avançado no campo da inteligência artificial para a análise de peças e processamento de recursos na Corte. A atividade do Victor é bastante transparente. Assim que recebido o peticionamento, seus termos são convertidos em uma linguagem inteligível ao *software*, e a partir de inferências algorítmicas e análise estatística, o processamento da peça se torna facilitado, inclusive para, desde logo, definir se há algum tipo de vinculação a tema de repercussão geral.²⁹⁴¹

O projeto foi desenvolvido pelo STF em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, por meio dos cursos de direito, engenharia de *software* e ciências da computação. O nome foi dado em homenagem ao ex-ministro da Corte, Victor Nunes Leal, por ter sido o primeiro Ministro a tentar sistematizar os precedentes do STF.

Victor se utiliza de IA e *machine learning* para a consecução de suas tarefas, verificadas ao menos em quatro frentes: conversão de imagens em texto digital; separação e classificação processual, inclusive do acervo; separação e classificação de peças processuais utilizadas na atividade jurisdicional pelo Judiciário; identificação da incidência da repercussão geral, transformando substancialmente a atividade burocrática da Corte; por exemplo, enquanto no núcleo de repercussão geral cada funcionário humano levava em torno de trinta minutos para concluir as tarefas preliminarmente essenciais, o Victor leva apenas cinco segundos²⁹⁴². Mas além disso, o Victor pode ser um importante instrumento para mapear quem são os litigantes mais frequentes no STF em âmbito recursal; encontrar novos temas de repercussão geral; políticas públicas judicializadas, dentre outros que podem impactar globalmente a Jurisdição, permitindo o compartilhamento de um mecanismo auxiliar também para o controle difuso de constitucionalidade, que

²⁹⁴¹ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 124.

²⁹⁴² BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros**.

deve ser replicado em todos os tribunais do país.²⁹⁴³

A ferramenta Victor, no entanto, não possui poder decisório e não está sendo projetada para substituir pessoas, mas sim para auxiliar as deficiências da atividade humana, atuando nas diversas camadas de organização dos processos.

Em outro turno, o Superior Tribunal de Justiça possui uma ferramenta denominada *Sócrates*, que utiliza IA para fornecer informações relevantes aos ministros relatores, facilitando especialmente a identificação de demandas classificadas como repetitivas. Por meio da ferramenta é possível identificar grupos de processos que possuem acórdãos semelhantes.²⁹⁴⁴

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, desenvolveu o *Bem-te-vi*, ferramenta que auxilia a organização do acervo processual, categorizando e identificando as prioridades de acordo com as metas de julgamento estabelecidas pelos CNJ, possibilitando que os objetivos estratégicos do Poder Judiciário sejam atendidos de maneira mais efetiva.²⁹⁴⁵

Nos tribunais ordinários, uma grande ferramenta de tecnologia encontrada no Brasil é a *Sinapses*²⁹⁴⁶, desenvolvida pelo TJRO que importou a equipe

²⁹⁴³ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial do direito**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 7 jun. 20.

²⁹⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão 2018-2019**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 jun 20.

²⁹⁴⁵ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 128.

²⁹⁴⁶ “Vale ressaltar que tal Tribunal (TJRO) desenvolveu inovador sistema de Inteligência Artificial chamado SINAPSES. Esse sistema proporciona maior celeridade ao processamento das ações judiciais por meio de mecanismos de predição (*predictive models*): algoritmos que conseguem armazenar dados para prever determinado fenômeno. Enquanto o servidor ou magistrado elabora um texto ou uma peça jurídica, por exemplo, o Sinapses aponta qual o movimento processual adequado para o caso, após pesquisar em segundos, centenas de processos semelhantes já julgados. Para tanto, o modelo criado pelos analistas do Tribunal de Justiça de Rondônia utilizou 44 mil despachos, sentenças e julgamentos para fazer o treinamento de tal equipamento”. FUX, Luiz. **Palestra sobre inteligência artificial no direito**. In.: Revista Conjur. **Fux mostra benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito**. [recurso digital - mar. 19]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/fux-mostra-beneficios-questionamentos-inteligencia-artificial>. Acesso em: 6 jun. 20.

desenvolvedora para construir um Laboratório de Inovação.²⁹⁴⁷ A Sinapses tem a capacidade de classificar processos, sugerir assuntos relacionados ao conteúdo da petição do advogado, sugerir textos para inserção em ato judicial, inclusive aprendendo a partir das manifestações anteriores do juiz, tendo capacidade de aprendizado e melhoria com o decorrer do tempo.²⁹⁴⁸

A partir da ferramenta Sinapses, o Conselho Nacional de Justiça criou uma plataforma para desenvolvimento e disponibilização em larga escala de modelos de inteligência artificial, denominada como “Fábrica de Modelos de IA²⁹⁴⁹”, que poderá auxiliar todos os tribunais do país a partir da unificação dos sistemas.²⁹⁵⁰

Diversos outros tribunais brasileiros também desenvolvem ferramentas de IA semelhantes: O TJDF desenvolveu o *Horus*, que realiza a “ócerização” - reconhecimento de óticos caracteres - de peças processuais, identifica a parte e reúne as informações pertinentes cadastrais de forma automática, permitindo que os atos burocráticos seguintes, como notificações, ocorram de modo automatizado.²⁹⁵¹ O TJMG conta com a ferramenta *Radar* para o enfrentamento de demandas repetitivas, que identifica as demandas inclusive por similitude textual²⁹⁵². O TJRN possui a ferramenta *Poti*, que realiza busca e bloqueio de valores em contas bancárias e atualiza valores de execução fiscal²⁹⁵³. O TJPE utiliza a ferramenta *Elis*, também voltada à execução fiscal. O CJF possui a ferramenta *Lia*, para atendimento

²⁹⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. **Sinapses: Como a Inteligência Artificial pode revolucionar o Judiciário**. [recurso digital - nov. 19]. Disponível em: <https://tjro.jus.br/gestaodepessoas/infomes/1112-sinapses-como-a-inteligencia-artificial-pode-revolucionar-o-judiciario>. Acesso em: 5 jun. 20.

²⁹⁴⁸ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 125.

²⁹⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sinapses – manual**. [Recurso digital]. Disponível em: <https://docs.pje.jus.br/projetos/sinapses/sinapses-manual.html>. Acesso em: 9 jun. 20.

²⁹⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial**.

²⁹⁵¹ FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 127.

²⁹⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **RADAR**. [recurso digital] Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisprudencial.htm#.XuxRCcB7ncs>. Acesso em: 6 jun. 20.

²⁹⁵³ BAETA, Zínia. **Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações**. [recurso digital - Valor Econômico - mar. 19]. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoas.ghtml>. Acesso em: jun. 20. Acesso em: 6 jun. 20.

ao usuário²⁹⁵⁴, dentre tantos outros.

Assim, o Judiciário 4.0 vem ganhando vida no Brasil, e a IA é uma realidade em diversos tribunais. Por enquanto, o maior objetivo do uso da IA no Judiciário brasileiro é conferir maior celeridade aos procedimentos agilizando a tomada de decisões humanas. As funções mais evoluídas nesse campo estão situadas na identificação e categorização de assuntos, mas alguns sistemas mais sofisticados já auxiliam a elaboração de textos e a preparação de sentenças.²⁹⁵⁵

10.2.4 JURISDIÇÃO PLURAL 4.0

10.2.4.1 *British Columbia Civil Resolution Tribunal* - CRT: um exemplo de Órgão Orbital 4.0 em plena atividade no Canadá

A província de *British Columbia*, situada no extremo oeste do Canadá, possui o primeiro tribunal *on-line* daquele país, denominado *Civil Resolution Tribunal* – CRT²⁹⁵⁶, competente para apreciar: lesões em veículos automotores de até US\$50.000; pequenas causas com valor limitado a US\$5.000; litígios de propriedade (condomínio), em qualquer valor; sociedades e associações de cooperativas, para disputas de qualquer valor. O CRT foi estabelecido em lei, e está em funcionamento desde julho de 2016 – possivelmente foi o primeiro tribunal *on-line* em operação no mundo^{2957, 2958}.

²⁹⁵⁴ Vide: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/na-era-da-inteligencia-artificial-conselho-da-justica-federal-lanca-plataforma-que-interage-com-usuarios-no-portal>

²⁹⁵⁵ BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros.**

²⁹⁵⁶ Informações a respeito do respectivo tribunal extraídas integralmente do site da corte: CANADÁ. ***British Columbia Civil Resolution Tribunal***. Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca/>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁹⁵⁷ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. ***The new new courts***. p. 190.

²⁹⁵⁸ O Canadá se tornou um dos primeiros países do mundo a introduzir serviços públicos de ODR em 2012. Mais notavelmente, o Tribunal de Resolução Civil (CRT) da Colúmbia Britânica fornece uma coleção de recursos para os usuários obterem informações sobre as opções de lei e solução de controvérsias. O CRT é construído na plataforma Modria, uma plataforma baseada na nuvem na qual empresas e órgãos públicos podem personalizar e criar seus próprios serviços ODR. FINUCAN, Logan et al. ***Smart Courts: Roadmap for Digital Transformation of Justice in Africa***. [recurso digital]. Disponível em: <https://www.accesspartnership.com/cms/access->

O CRT passou por diversas e extensas etapas preliminares de planejamento, desenvolvimento e testes antes de ser inaugurado, exigindo para a sua consecução não apenas conhecimentos técnicos e ajustes de *software*, mas igualmente a superação de desafios políticos. O CRT foi instituído como um sistema jurisdicional **obrigatório**²⁹⁵⁹, sem a necessidade de representação por advogado – salvo raras exceções. Está disponível 24/7 (vinte e quatro horas por dia, sete dias da semana), acessível por computador ou *smartphone* a um baixo custo, e tem como premissa a efetiva colaboração. Além disso, o procedimento é rápido, durando em média de 60 a 90 dias.²⁹⁶⁰

Apesar de ser denominado como “tribunal”, o CRT **não integra o Poder Judiciário**, e sua competência para julgamento não se limita aos casos jurídicos envolvendo o Estado, como ocorre na Jurisdição dual²⁹⁶¹ - ou seja, é competente também para a apreciação de demandas entre particulares sem que haja interesse e participação do Estado. Aliás, o Estado não faz parte da sua competência, conforme destacado acima, de maneira análoga ao proposto nessa presente pesquisa com relação à Jurisdição Plural – evolução dos conceitos de Jurisdição una e dual.

Não obstante, uma decisão do CRT pode ser aplicada como uma ordem judicial, dotada, portanto, dos **efeitos da coisa julgada**, passível de eventual controle recursal pela Suprema Corte da província de *British Columbia*²⁹⁶², dependendo da matéria²⁹⁶³ - conforme ensinam Einy e Katsh, a decisão,

content/uploads/2018/08/WP-Smart-Courts-Roadmap-Africa.pdf. Acesso em: 5 jul. 20.

²⁹⁵⁹ “Pode-se mencionar, também, a experiência **dinamarquesa**, que implantou Cortes Online para casos cíveis, que vão cobrindo todo o sistema de justiça. Aliás, isso é muito comum onde as Cortes Inline são implantadas: elas são de uso obrigatório; a pessoa não tem opção de ir para outro tipo de juízo que não o online”. FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 65.

²⁹⁶⁰ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **The new new courts**. p. 190.

²⁹⁶¹ “The CRT is an administrative tribunal, not a court. But like a court, the CRT is part of the public justice system, its tribunal members are independent and neutral, and it is required to apply the law and make enforceable decisions”. CANADÁ. **British Columbia Civil Resolution Tribunal**.

²⁹⁶² CANADÁ. **British Columbia Civil Resolution Tribunal: What if I don't agree with the decision?** Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca/how-the-crt-works/getting-started/motor-vehicle-accidents-and-injuries/#what-if-i-dont-agree-with-the-decision>. Acesso em: 6 jun. 20.

²⁹⁶³ “O CRT é considerado a experiência mais profícua em Cortes Online de que se tem notícia. É importante lembrar que, mesmo sendo um tribunal administrativo, através dele são julgadas causas que, no direito brasileiro, sistema de jurisdição una, seriam decididas pelo Poder Judiciário”. FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 50.

fundamentada e em regra escrita, é executável como uma ordem judicial e está sujeita a um processo de apelação bifurcado: enquanto as decisões de pequenas causas estão sujeitas a um novo processo, as demais reivindicações podem ser recorridas apenas por motivos limitados²⁹⁶⁴.

A tramitação processual no tribunal *on-line* canadense está sedimentada em **quatro etapas**.

Na *primeira* delas o usuário-jurisdicionado acessa uma área preliminar para **explorar juridicamente a questão**. É gratuito, anônimo e confidencial. Além de uma série de perguntas e respostas prontas para a leitura em linguagem coloquial, o gerenciador do sistema, movido por IA, faz perguntas simples sobre a disputa que o jurisdicionado pretende propor. Ele fornece informações e ferramentas legais gratuitas com base nas respostas, além de classificar a eventual ação e fornecer, desde logo, o formulário de inscrição *on-line* apropriado. Assim, nessa primeira etapa o sistema procura demonstrar as opções existentes ao usuário, não somente com relação ao seu respectivo funcionamento, mas também esclarecer tecnicamente quais são as exigências e consequências legais, e até mesmo indicar que eventual descontentamento pode não comportar, em princípio, uma demanda jurisdicional. Caso o usuário decida avançar para propor determinada ação, basta ele escolher a opção disponibilizada pelo sistema consistente em "fazer uma reivindicação" quando for perguntado o que gostaria de fazer sobre sua disputa.

Efetuada a reivindicação pelo usuário, a *segunda* etapa está sedimentada na tentativa de **autocomposição** entre as partes. Nessa fase de negociação os usuários terão acesso a um "guia de mensagens", as quais poderão ser trocadas inclusive em um *chat* privado a partir de uma sala de "bate-papo" disponibilizada pelo sistema; as mensagens são sigilosas ao público externo. Se chegarem a um acordo o CRT devolve as custas iniciais; portanto, se resolvido o conflito nessa etapa, o serviço estatal será gratuito.

²⁹⁶⁴ EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. *The new new courts*. p. 192.

Na *terceira* etapa haverá um **mediador não humano**, ou seja, um *software* dotado de **IA**, auxiliando as partes na resolução do conflito. Se a disputa não for resolvida durante a fase de facilitação, o jurisdicionado pode pedir a um membro independente do CRT que decida a causa, ingressando, então, na quarta fase, que exige o pagamento de uma taxa adicional.²⁹⁶⁵

A *quarta* fase – **adversarial** – inicia com a elaboração de um “**plano de decisão**”, que inclui cronogramas de como e quando as partes poderão apresentar argumentos e evidências que serão submetidos ao tribunal, inclusive com prazos a serem cumpridos. O cronograma também inclui a possibilidade de exercício do contraditório em relação aos argumentos e evidências apresentados pela parte contrária. Igualmente poderão ser anexados laudos periciais e os custos que cada parte desembolsou para a produção da prova. Apresentado o plano de decisão, o membro julgador pode determinar, se for necessário, a realização de audiência oral, que pode ocorrer por telefone ou videoconferência.

Nem todas as causas exigem a presença de advogado – nem mesmo ao incapaz, seja ele “menor de idade” ou com capacidade mental comprometida. O jurisdicionado pode estar representado por um amigo ou familiar, mas, como consta nas recomendações, é importante que ele acompanhe pessoalmente o processo e possa falar por si mesmo na disputa.

A sentença é normalmente prolatada no sistema por escrito. Mas também pode ser utilizado telefone ou vídeo. A sentença é elaborada a partir dos argumentos e das evidências apresentadas pelas partes, sendo **vinculativa e executória**, assim como uma ordem judicial. Os julgadores membros do CRT não possuem acesso às comunicações efetuadas entre as partes registradas no sistema durante as fases anteriores de negociação e facilitação, pois são mantidas em sigilo. Por isso, os membros julgadores do CRT consideram apenas os argumentos e as evidências de

²⁹⁶⁵ “Nesse caso, há intermediação da conversa entre os envolvidos, através de um software, que também sugere soluções para o encerramento da controvérsia. Se mesmo assim as partes não acordam, passa-se à etapa final, de adjudicação, em que um juiz decide os casos residuais que não puderem ser resolvidos”. FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. p. 51.

cada parte apresentados na “fase adversarial” para a tomada da decisão jurídica. Assim como os juízes ordinários, eles são nomeados pelo governo provincial, após o presidente do CRT ser consultado.

O processo *on-line* do CRT permite que as pessoas resolvam suas disputas em momentos diferentes, de lugares diferentes, da maneira que melhor funciona para cada uma delas, de modo **completamente virtual e assíncrona**.

Enfim, se formos observar o CRT pela ótica da **Jurisdição Plural** aqui proposta, ele poder ser considerado um verdadeiro **Órgão Orbital 4.0** em pleno funcionamento.

É um órgão assemelhado ao descrito na presente pesquisa, não somente com relação ao funcionamento e também por não pertencer ao Poder Judiciário – o CRT se autointitula um tribunal administrativo, e deixa bem claro isso –, mas notadamente pelo fato de julgar demandas entre particulares, e não apenas entre o particular e o Estado (Jurisdição dual – *intraneus* vs. *extraneus*), cujas sentenças são dotadas dos efeitos da coisa julgada.

O CRT pontualmente difere dos Órgãos Orbitais no critério de preenchimento dos cargos (indicação política, e não concurso público), no fato de ser uma corte própria, um “tribunal”, e não um “órgão independente” – e quase informal – existente nos meandros do arcabouço estrutural do “Poder burocrático” do Estado – como seriam os Órgãos Orbitais –, assim como não utilizar a ferramenta do reenvio prejudicial para preencher eventuais lacunas de funcionamento da função jurisdicional burocrática diante da reserva de Jurisdição do Judiciário.

A título de complementação, a exitosa atividade *on-line* do CRT pode ter origem em outro instituto canadense surgido ainda na década de 1970 denominado “**rentalsmen**”, ou “homem dos aluguéis”, criado em 1971 em Mantioba, e replicado na *British Columbia* em 1974 – órgão público até então competente para o julgamento das questões condominiais que hoje são atinentes ao CRT.

Cappelletti²⁹⁶⁶ explica que o objetivo do *rentalsmen* era proporcionar um órgão público eficiente, acessível e barato para resolver os litígios entre os senhores e os inquilinos. Os *rentalsmen* eram agentes nomeados pelo governador mediante a indicação dos conselhos executivos de cada uma das províncias. Na *British Columbia* era conferida “jurisdição ampla e exclusiva” ao exercício do cargo; o *rentalsmen* supervisionava uma equipe composta por trinta agentes igualmente investidos na função. O procedimento era voltado ao aconselhamento e mediação, mas, se não houvesse autocomposição, o conflito era decidido jurisdicionalmente por esses agentes. “Em relação aos poucos casos em que não se consegue uma solução amigável, o funcionário encarregado pode realizar audiências e decidir (com recurso, na Colúmbia Britânica, ao *Rentalsman*)”.

Como é possível perceber, desde quase cinquenta anos atrás a Jurisdição canadense já era bastante evoluída e desapegada aos antigos dogmas surgidos com o nascimento do Estado moderno, permitindo a atuação jurisdicional burocrática por outros órgãos públicos para além do Judiciário – como proposto aqui na presente pesquisa.

E quando se propõe na Jurisdição Plural a utilização de órgãos públicos existentes no arcabouço estatal para a ampliação da função jurisdicional heterocompositiva, é esse, em princípio, o espírito que se pretende seguir. A proposta da Jurisdição Plural, sem prejuízo de criação de outros órgãos públicos, primeiramente objetiva a adequação dos que já estão em atividade, economizando tempo e dinheiro público, como o Canadá fez: transformou um instituto simplório – *rentalsmen* –, mas de bom funcionamento, em um verdadeiro “tribunal” – CRT –, voltado para o futuro por ser *on-line*, muito mais leve e desburocratizado, como deve ser a Jurisdição do século XXI.

²⁹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 135/6.

10.2.4.2 Jurisdição Plural no futuro: Órgão Orbital 4.0 no Brasil

O Brasil nos traz bons exemplos preliminares de plataformas virtuais – ODR – disponíveis para que consumidores resolvam seus problemas diretamente com fornecedores previamente cadastrados, normalmente empresas de grande porte, como é o caso do **consumidor.gov.br**²⁹⁶⁷, existente também em aplicativo para *smartphone*²⁹⁶⁸ - adotou-se essa plataforma apenas como referência para demonstrar que a Jurisdição Plural tecnológica no Brasil não é algo distante; não se pretende adentrar aos detalhes do seu respectivo funcionamento.

Conforme se extrai da própria plataforma virtual, o **consumidor.gov.br** é um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet, em um ambiente totalmente transparente que dispensa a intervenção do Poder Público na tratativa individual. Cuida-se, assim, de um instrumento *on-line* acessível de qualquer lugar por meio da internet, para buscar a solução dos problemas de consumo, de forma rápida e desburocratizada. Do registro à finalização da reclamação, todo procedimento é feito exclusivamente pela internet. O consumidor, ao efetuar o registro da reclamação, pode anexar os documentos que entender pertinentes. Os documentos são enviados à empresa, que possui prazo para resposta. O consumidor pode acompanhar todo o procedimento e, ao final, fazer uma avaliação da empresa, que fica disponível ao público em geral – de maneira muito semelhante ao que ocorre na segunda fase do *Civil Resolution Tribunal*.

É, sem dúvida, um excelente mecanismo alternativo à Jurisdição e um adequado meio de solução virtual de conflitos, inclusive compartilhada internacionalmente²⁹⁶⁹. Existem outras plataformas idênticas no Brasil – e em outros

²⁹⁶⁷ BRASIL. **Consumidor.gov.br**. [Plataforma digital]. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1592448312168>. Acesso em: 4 jun. 20.

²⁹⁶⁸ BRASIL. Ministério do Turismo. **Empresas de turismo aderem à plataforma consumidor.gov.br**. [Recurso virtual]. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/13449-empresas-de-turismo-aderem-%C3%A0-plataforma-consumidor-gov-br.html>. Acesso em: 8 jun. 20.

²⁹⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Consumidor.gov.br tem tecnologia**

Estados também –, como a “anatel consumidor²⁹⁷⁰”, disponível para que usuários dos serviços de telecomunicação possam resolver de modo autocompositivo conflitos advindos precipuamente de telefonia fixa e móvel, internet e TV por assinatura.

Não obstante, se dentro dessa mesma plataforma simplificada do consumidor.gov.br, mediante pequenos ajustes não burocráticos, existisse, para além das partes, autor consumidor e réu fornecedor, um “julgador orbital independente”²⁹⁷¹, que pudesse, a partir dos dados inseridos no sistema e da não solução conciliatória da questão, prolatar um julgamento em forma de sentença, estaríamos diante de um verdadeiro Órgão Orbital da Jurisdição Plural – como ocorre no “tribunal móvel” chinês, que utiliza a ferramenta “one stop”, e de modo semelhante ao *Civil Resolution Tribunal* canadense.

Praticamente a totalidade das reclamações consumeristas são consistentes em direitos patrimoniais disponíveis de pouca monta – Jurisdição burocrática; reserva do Orbital²⁹⁷² – e que não ensejam a produção da prova oral para o julgamento do conflito jurídico. Mas ainda que necessitasse da produção da prova oral, ela poderia ser elaborada diretamente por meio do *smartphone* do demandante ou do sistema de informática do demandado – vide a simplicidade dos procedimentos nos “tribunais *online*” chinês e canadense anteriormente destacados, que em praticamente nada diferia desta proposta – à exceção do julgador chinês, que pode ser, em princípio, um “juiz robô”.

Tratando da virtualização extrema comandada por juízes robos (IA forte), mesmo com toda a tecnologia que será implementada nos próximos anos nos tribunais, a figura humana, não obstante, ainda será essencial em atividades que requeiram a sociabilidade, empatia e a solução artesanal para problemas cotidianos,

compartilhada com o governo argentino. [Recurso virtual]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1559238490.02>. Acesso em: 5 jul. 20.

²⁹⁷⁰ BRASIL. **Anatel consumidor.** [Plataforma virtual]. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/consumidor/>. Acesso em: 3 jun. 20.

²⁹⁷¹ Conforme anteriormente exposto na presente pesquisa.

²⁹⁷² Conceitos anteriormente desenvolvido nessa pesquisa.

como é o caso da função jurisdicional. Assim, ainda que no futuro a tecnologia possa auxiliar a reduzir os índices de litigiosidade, a figura humana do julgador orbital da “Jurisdição Plural” será muito importante para o atendimento personalizado também na “Jurisdição burocrática” estatal, permitindo aos juízes ordinários que se dediquem aos temas mais valorosos em tramitação no Poder Judiciário – inclusive pela imperiosidade de se manter postos de trabalho humano diante de uma necessidade social originada no problema da substituição de homens por máquinas²⁹⁷³.²⁹⁷⁴ Ou seja, mesmo aqui o que se objetiva é uma IA fraca, auxiliar e não substitutiva do ser humano.

Dessa forma, como é possível observar, com muito pouco plataformas virtuais atualmente já existente como essa poderiam se tornar verdadeiras **jurisdições do futuro**.

Não se pretende aqui desnaturalizar essa importante ferramenta de solução alternativa de conflitos (consumidor.gov.br), que possui princípios distintos da Jurisdição heterocompositiva; a plataforma virtual está sendo utilizada apenas como exemplo para o funcionamento da função jurisdicional cibernética que poderá ser vislumbrada em um futuro próximo. Até porque, conforme exposto acima, o modelo chinês a ser seguido mantém as duas plataformas: a de autocomposição, privada, operacionalizada pelas próprias empresas em seus respectivos sítios particulares, e a heterocompositiva, que compartilha elementos públicos e privados, mas é controlada pelo Estado – sem prejuízo de nela existirem técnicas para a resolução adequada do conflito, mas o escopo seria a heterocomposição, e não a autocomposição.

A plataforma virtual do “consumidor.gov.br” foi aqui exposta porque ela é pública e já existente, e com poucas adaptações poderia se tornar um “Órgão

²⁹⁷³ Vide, nesse sentido: MERCADER UGUINA, Jesús R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

²⁹⁷⁴ “O aparato a ser desenvolvido auxilia o processo de tomada de decisão que guarda um coeficiente humano, especialmente no procedimento de atribuição de sentido”. ROSA, Alexandre Moraes da. *A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito*. p. 9.

Orbital” vivo, adaptando sua natureza de ADR-ODR e passando a ser uma espécie de **tribunal *on-line* “Orbital” da “Jurisdição Plural”**.

Sistemas semelhantes poderiam ser facilmente replicados em todas as “repartições públicas” que poderão desenvolver a “Jurisdição burocrática” e proferir sentenças efetivamente jurisdicionais, inclusive mediante a “coparticipação multicêntrica” por meio da utilização do “reenvio prejudicial” para o enfrentamento de eventuais *hard cases* e cumprimento de medidas reservadas ao Judiciário – “reserva do Judiciário” –, situação que seria absolutamente facilitada diante do procedimento ser inteiramente virtualizado.

No futuro não distante, as tecnologias disponíveis irão, do ponto de vista organizacional, integrar todos os sistemas, possivelmente por intermédio de uma nuvem comunitária (*cloud computing*), que não será apenas do “Poder Judiciário”, mas sim da “Jurisdição”, englobando tanto a exercida por “juízes” enquanto “Poder político” relevante, quanto a desenvolvida por “julgadores orbitais” na condição de “Poder burocrático”. Dentro da nuvem, além dos dados, o sistema em si, controlado pelo Poder Judiciário, também será disponibilizado aos demais órgãos públicos dotados de função jurisdicional – “Órgãos Orbitais” da “Jurisdição Plural”.

O *blockchain* permitirá que essas informações transitem virtualmente em uma cadeia de segurança de modo a garantir sua autenticidade do início ao final do processo, mesmo quando ele tenha que ser interrompido pelo uso do instrumento de coparticipação do “reenvio prejudicial”; a manifestação do Judiciário também estaria igualmente protegida quando aportasse aos autos. O *big data* será tão valioso no Judiciário quanto nos “Orbitais”; aliás, todas as informações existentes, amplificadas diante do aumento dos órgãos jurisdicionais estatais, permitiriam um visão holística para além do Judiciário, de modo a possibilitar a definição de estratégias globais ainda mais efetivas – vide, como exemplo, a Estônia e seu *e-government*, anteriormente destacados.

E a inteligência artificial será a grande aliada do julgador para a

construção da decisão jurídica, praticamente fazendo o grande trabalho preliminar necessário à pesquisa e organização dos argumentos fático-jurídicos, resguardando a complexidade decisória ao ser humano para que em cada decisão concreta ele possa lapidar a resposta jurisdicional artesanalmente diante do conjunto bruto de informações produzidas pela máquina; aliás, não apenas o julgador se valeria da IA, mas também as partes, que contarariam com assistentes jurídicos virtuais que poderiam lhes prestar assessoria jurídica, tornando a Jurisdição muito mais simples e realmente acessível, inclusive e especialmente aos hipossuficientes – de modo amplificado, acompanhando o proposto na ideia dos *tribunais on-line* anteriormente destacados.

Como é possível verificar, não estamos distantes das *smart courts* em uma Jurisdição Plural 4.0 sustentável²⁹⁷⁵, seja no Poder Judiciário ou nos Órgãos Orbitais; basta quebrarmos os antigos dogmas e preconceitos que em nada contribuem para a evolução humana. Afinal, parafraseando Susskind, a Jurisdição é um **serviço**, e não um local.

²⁹⁷⁵ "A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos". BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. p. 331.

ORGANOGRAMA DA JURISDIÇÃO PLURAL SOB A ÓTICA DA TEORIA POLÍTICA DO ESTADO

Conforme apontando no decorrer do presente trabalho científico, demonstrou-se a possibilidade de ampliação dos órgãos jurisdicionais do Estado para além do Poder Judiciário, emergindo nesse contexto uma Jurisdição Plural, confirmando a hipótese da pesquisa.

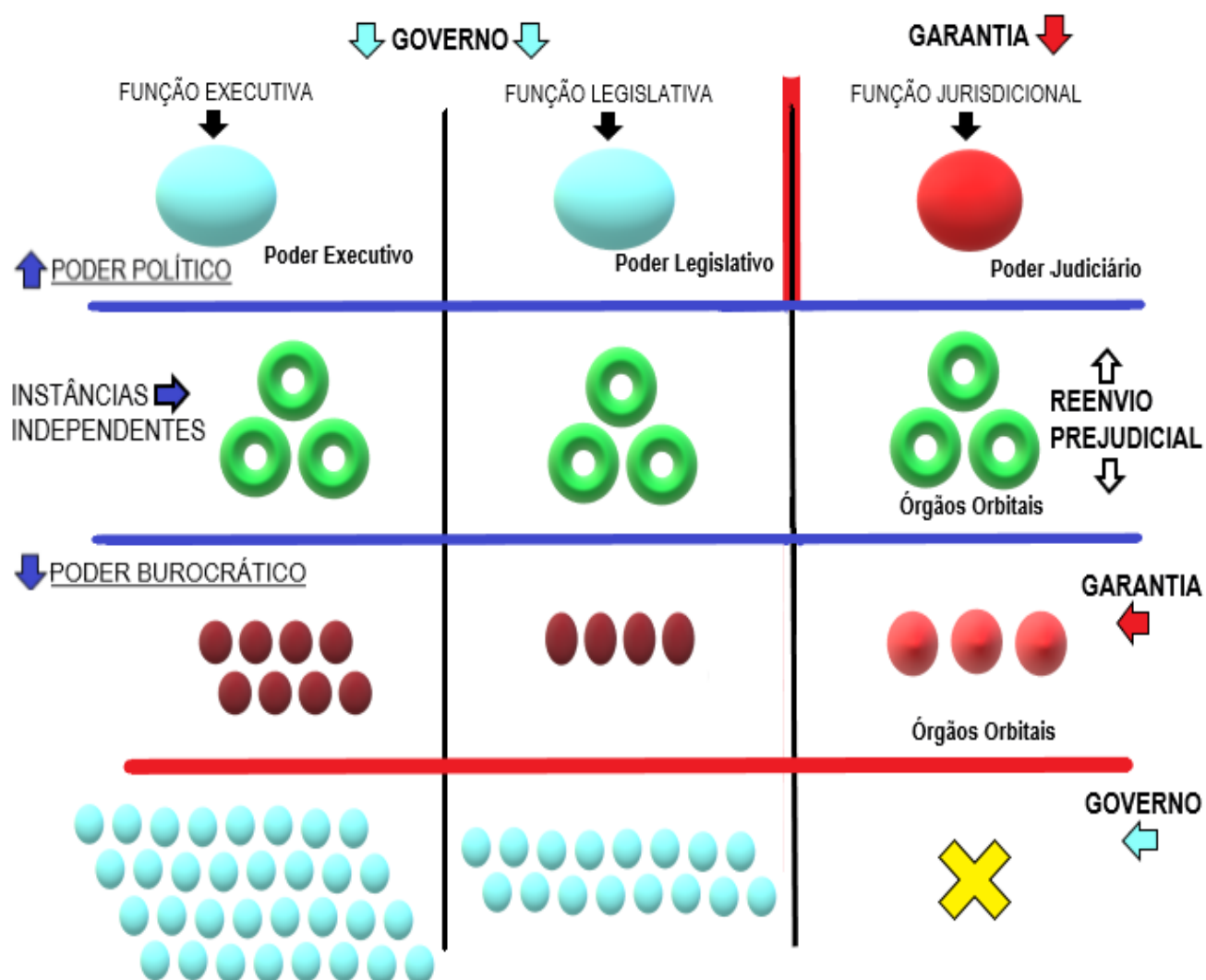
Esses órgãos jurisdicionais que se juntariam ao Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional do Estado foram denominados na presente pesquisa como Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural, que possuem sua origem na utilização de estruturas e órgãos públicos em regra já existentes (cap. 6), os quais transmudariam sua natureza jurídica de órgão de “*governo*” para órgão de “*garantia*” (cap. 7), atuando em uma função jurisdicional burocrática delimitada pela “*reserva do Orbital*” (cap. 8), proferindo sentenças dotadas dos efeitos da *res judicata*, assegurando no processo o *interesse individual* e não o interesse público geral, diante da atribuição de características especiais próprias ao órgão, ao julgador e à decisão que nesse contexto seria proferida, em especial destaque à *independência* do julgador e ao respeito ao *devido processo legal* (cap. 9), cuja atuação jurisdicional poderia se dar, em determinadas circunstâncias, com auxílio do *juiz ordinário* (cap. 10, primeira parte – reenvio prejudicial), e no futuro por intermédio de *sistemas tecnológicos digitais* integrados com o Poder Judiciário (cap. 10, segunda parte).

Dito isso, o organograma abaixo pretende demonstrar, em uma espécie de *atalho visual*, como esses Órgãos Orbitais estariam situados no arcabouço estatal diante da proposta de ampliação dos órgãos jurisdicionais públicos formadores de uma Jurisdição Plural.

É importante frisar, nesse contexto, que, apesar do organograma expor os órgãos burocráticos “abaixo” dos órgãos de Poder político do Estado, de nenhuma maneira isso significa que há qualquer espécie de subordinação ou hierarquização

entre eles – pode existir, mas não deve ser essa a leitura. Assim estão dispostos esses órgãos no organograma para acompanhar unicamente a modalidade de atividade estatal a ser desenvolvida preponderantemente em sua respectiva função pública, em observância ao ordenamento jurídico.

GRÁFICO 13: Organograma jurídico-político da Jurisdição Plural



De cima para baixo, a primeira divisão principia com as **duas linhas horizontais azuis**, as quais formam *três quadrantes igualmente horizontais*: no primeiro deles, **acima**, está situado o **Poder político relevante** do Estado (flecha azul para cima). O Poder político, separado em funções e dividido em órgãos ("supremos"), está representado por três grandes esferas, as duas primeiras, azuis, consistentes nos **poderes Executivo e Legislativo**, e a terceira, vermelha, consistente no **Poder Judiciário**. No retângulo **intermediário**, logo abaixo, que pode ser considerado "neutro", estão situadas as "**instâncias independentes**" e outros "**órgãos independentes**", que, apesar de não exercerem Poder político, também não podem ser classificados como "burocráticos"; esses órgãos estão sendo representados pelos anéis verdes. No terceiro retângulo, mais **abaixo**, está disposto o **Poder burocrático** do Estado, constituído por esferas azuis e vermelhas que representam os **órgãos públicos burocráticos** do Estado ("dependentes").

Igualmente olhando o organograma de cima para baixo, há na vertical **duas linhas paralelas pretas**, dividindo o desenho em *três quadrantes*: o primeiro deles, à esquerda, representando a **função executiva** do Estado; o *intermediário* centralizado representando a **função legislativa**, e o *último*, à direita, representando a **função jurisdicional**. Essas linhas cortam igualmente o Poder político relevante, as instâncias independentes e o Poder burocrático.

Além das linhas azuis horizontais e das linhas pretas verticais, o organograma é cortado por **duas linhas vermelhas**: a *primeira* delas, mais curta e verticalizada, está situada no quadrante reservado ao *Poder político* relevante do Estado. Essa linha significa a divisão entre "**governo**" e "**garantia**"; por isso, do lado esquerdo dela estão os **poderes Executivo e Legislativo**, e à direita o **Poder Judiciário**. Ela está sobreposta à linha demarcatória da função jurisdicional – a função jurisdicional será sempre de garantia, seja no Poder político, nas "instâncias independentes" ou no Poder burocrático; a linha vermelha demarcatória da "garantia" está disposta no organograma apenas para facilitar a exposição da tese.

As **instâncias independentes** (esferas verdes), em regra, exercem

função de garantia, e podem transitar livremente por esse quadrante intermediário *sui generis* situado entre o *Poder político* e o *Poder burocrático*; por isso, nesse quadrante intermediário, não há divisão entre “governo” e “garantia”. Quando estiver no exercício da função jurisdicional – e de “garantia” –, a “instância independente” será classificada como Órgão Orbital da Jurisdição Plural.

Essa **linha vermelha** de “**garantia**” também divide *horizontalmente* o *Poder burocrático* ao meio, significando que *abaixo* dela estão situados os órgãos burocráticos de “*governo*”, e *acima* dela os órgãos burocráticos de “*garantia*”. Dessa forma, enquanto o *Poder político* relevante é dividido *verticalmente* entre “*governo*” e “*garantia*”, o *Poder burocrático*, diferentemente, é dividido *horizontalmente*.

Os **órgãos burocráticos** do Estado podem exercer funções *executivas* e *legislativas* enquanto classificados como órgãos de “*governo*”. Eles podem exercer funções *executivas*, *legislativas* e *jurisdicionais* quando considerados órgãos de “*garantia*”. E é exatamente nesse ponto de emergência os Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural no exercício do Poder Burocrático do Estado: **somente na função burocrática de *garantia* é que podem exercer a função jurisdicional**.

Observe-se, nesse campo, a disposição dos órgãos públicos concentrados no **quadrante inferior** do organograma – “*Poder burocrático*”, **abaixo da segunda linha azul horizontal**.

Na subdivisão do quadrante à **esquerda**, estão situadas esferas vermelhas, acima, e azuis, abaixo, as *vermelhas* representando órgãos burocráticos de “**garantia**” no exercício da **função executiva**, e as esferas *azuis* representando órgãos burocráticos de “**governo**” no exercício da **função executiva**. Nessas duas subdivisões há mais esferas do que nos outros porque a maior parte dos órgãos burocráticos do Estado exerce função executiva.

Na subdivisão **central** do quadrante, há igualmente esferas vermelhas e azuis, as *vermelhas* representando órgãos burocráticos de “**garantia**” no exercício

da **função legislativa**, e as esferas *azuis* representando órgãos burocráticos de “**governo**” no exercício da **função legislativa**. O que muda da primeira para a segunda subdivisão é unicamente a função, que deixa de ser executiva e passa a ser legislativa – além, claro, da quantidade de órgãos, menor na função legislativa estatal.

Na última subdivisão, à **direita**, por sua vez, é possível observar **unicamente esferas vermelhas**, representando órgãos burocráticos de “**garantia**” no exercício da **função jurisdicional**. Esses são os chamados **Órgãos Orbitais** da Jurisdição Plural. **Não existe**, diferentemente do que ocorre com as funções executiva e legislativa, órgãos de “**governo**” no exercício da **função jurisdicional**. Por isso nessa subdivisão não há esferas *azuis*.

Isso não significa que os órgãos de “governo” não prolatam decisões ou deixam de resolver conflitos jurídicos no desempenho de suas atividades, ao contrário, pois isso ocorre a todo tempo. Essas decisões, contudo, quando existentes, são consideradas “*administrativas*”, amparadas pela *função executiva*, e *não jurisdicional*, assim passíveis de ampla revisão posterior pelo Poder Judiciário.

Por isso, repise-se, **não existe** no arcabouço estatal nenhum **órgão jurisdicional** de “governo”, somente de “garantia”. Em razão disso, **o único espaço que deve permanecer absolutamente vazio nesse organograma estatal é onde se cruzam as categorias “governo” e “Jurisdição”, marcado com um significativo “X” amarelo**. Se existissem “*esferas azuis*” nessa subdivisão, esses órgãos seriam considerados ilegítimos e **tribunais de exceção** (cap. 9).

E é isso que permite compreender, por exemplo, todo o contexto de **independência** desenvolvido no capítulo nove, por ser o julgador orbital um verdadeiro órgão de garantia, com natureza jurídica assemelhada a dos tribunais, encontrando sua fonte de legitimação não no voto popular, mas sim na estrita observação do **ordenamento jurídico**, proferindo sentença fundamentada em fatos e no direito, voltada à garantia individual, e não ao interesse público geral (também

exposto no capítulo sete).

Assim, a **Jurisdição Plural** do Estado é formada pelo **Poder Judiciário**, pelas *instâncias independentes* quando desenvolverem função jurisdicional, e pelos *órgãos burocráticos* do Estado quando igualmente estiverem no exercício da função jurisdicional estatal – sendo, nesses dois últimos casos, considerados como **Órgãos Orbitais**; sem olvidar que tanto as instâncias independentes quanto os órgãos burocráticos consistentes em Órgãos Orbitais são possuidores de características especiais que os tornam verdadeiramente independentes, as respectivas competências jurisdicionais serão determinadas pela “reserva do Orbital” e suas decisões terão o caráter de sentença, na função de garantia, vinculativas e abarcadas pelos efeitos da coisa julgada.

CONCLUSÕES

A presente Tese teve como propósito o desenvolvimento de uma Jurisdição Plural, diante da ampliação de órgãos jurisdicionais heterocompositivos do Estado, para além do Poder Judiciário, capazes de proferir sentenças com caráter de definitividade e dotadas dos efeitos da coisa julgada, por meio de uma releitura do conceito tradicional de Jurisdição e de uma visão heterodoxa sobre a divisão de poderes e a distribuição orgânica das funções do Estado.

Para tanto, o desenvolvimento da pesquisa foi segmentado em **duas grandes partes**. A **primeira grande parte** comportou um conteúdo preponderantemente descritivo, servindo de suporte teórico às propostas registradas na segunda grande parte. Nenhuma das considerações dispostas nos cinco primeiros capítulos contou com ineditismo, as quais abordaram temas diversos sobre Estado, direito e Jurisdição, em uma espécie de linha do tempo, como, por exemplo: a forma de resolução de conflitos desde a era pré-histórica até o surgimento do Estado moderno; elementos e características do Estado moderno, em suas etapas constitucionais liberal, social e democrática, inclusive traçando notas complementares sobre os Estados ditatoriais como o fascista, nazista e socialista; interlocução evolutiva da Jurisdição com as dimensões do direito e o caos jurisdicional vivenciado atualmente em grande parte dos Estados constitucionais democráticos ocidentais.

Como é possível observar nesse pequeno extrato, a pesquisa desenvolvida na *primeira grande parte* foi essencial para perceber como as instituições se formaram para melhor compreender o *presente* e projetar o *futuro*. Porque sem essa compreensão acerca do *passado*, afirmar que seria *inviável* ou simplesmente dizer que seria *viável* a ampliação dos órgãos jurisdicionais do Estado e que a partir de amanhã as decisões jurídicas hoje consideradas administrativas passariam a ser jurisdicionais, dotadas dos efeitos da *res judicata*, seria uma resposta simples e irresponsável para tentar solucionar um problema complexo. Nesse diapasão reside toda a importância da investigação doutrinária,

jurisprudencial e legislativa que formou a primeira grande parte e serviu de sustentação para as proposições elaboradas na segunda grande parte.

A **segunda grande parte**, também composta por cinco capítulos, contou com proposições inéditas em todas elas, seja pelo caráter de inovação ou mesmo diante de uma releitura sobre antigas concepções, conjuntamente expostas de modo a confirmar a hipótese inicial de ampliação dos órgãos jurisdicionais heterocompositivos do Estado. De modo geral, no *capítulo seis* foi exposta a gênese da Jurisdição Plural, em uma evolução sobre os sistemas de Jurisdição una e dual atualmente conhecidos no mundo. No capítulo também se abordou a dificuldade em se conceituar operacionalmente a categoria Jurisdição; os procedimentos administrativos existentes no mundo (classificados em cinco categorias); o modelo de justiça do Reino Unido, muito mais informal em algumas matérias jurídicas, assim como o Tribunal das Águas de Valência, na Espanha, que serviram como referência para a proposta de emergência de órgãos públicos jurisdicionais para além do Poder Judiciário.

No *capítulo sete* foram desenvolvidas, a partir de uma releitura da teoria da separação de poderes, uma diferenciação, complementar e não substitutiva, entre Poder político relevante e Poder burocrático, que permitiu um novo olhar sobre a organização burocrática orgânica do Estado, alterando a visão piramidal escalonada clássica para uma visão orbital adequada heterodoxa, transmutando a natureza de alguns órgãos dependentes para independentes, notadamente os Órgãos Orbitais. Essa diferenciação também possibilitou, dentro do critério funcional estatal, a definição de uma Jurisdição burocrática para além da tradicional Jurisdição política desenvolvida pelo Judiciário enquanto Poder político relevante do Estado.

No *oitavo capítulo* foram expostas dimensões da Jurisdição e conteúdos sobre reserva de Jurisdição, que possibilitaram a identificação aproximada de um núcleo essencial e material da função jurisdicional e a definição de um conceito de reserva de Jurisdição *lato sensu*, assim como, a partir desta, uma subclassificação em reserva do Judiciário, reserva do Orbital e reserva residual de Jurisdição – a

partir do que foi possível conectar competências jurídicas com os Órgãos Orbitais.

O *capítulo nono* tratou da independência dos Órgãos Orbitais, tanto com relação à função jurisdicional quanto em relação à administração pública. Nesse segundo ponto, cuidou de demonstrar a necessária alteração principiológica da natureza jurídica da decisão que antes era considerada administrativa e agora, na Jurisdição Plural, passou a ser jurisdicional, deixando de estar situada na esfera do governo atendendo ao interesse público geral, passando a se colocar na esfera da garantia do direito individual. Também nesse capítulo foi desenvolvida uma tabela comparativa entre tribunais de exceção e Órgãos Orbitais, mostrando características pontuais para cada um deles por meio de uma avaliação histórica.

O *décimo capítulo* apresentou instrumentos de coparticipação entre a Jurisdição do Judiciário e a Jurisdição dos Órgãos Orbitais, adaptando o instituto do reenvio prejudicial à Jurisdição Plural, e também indicou como as diversas tecnologias existentes, especialmente a inteligência artificial, poderão construir uma nova concepção para a Jurisdição do século XXI.

De maneira pormenorizada, a segunda grande parte da presente pesquisa principiou, no **CAPÍTULO SEIS**, expondo o **conceito operacional polissêmico da categoria Jurisdição**. Conceituar a Jurisdição é uma tarefa complexa que exige a observância ampla do período histórico, jurídico e político, não apenas do Estado mas da própria evolução humana, e dificilmente se obtém uma definição que se enquadre em todos os ordenamentos jurídicos existentes. Diante da dificuldade para sedimentação de um conceito definitivo, o primeiro tópico do capítulo se limitou a traçar notas distintivas para a respectiva categoria, concluindo que o apego demasiado à teoria poderia distorcer a realidade: nesse contexto, será, então, uma atividade jurisdicional, tutelada sob o imperativo do monopólio estatal, a desenvolvida pelos órgãos autorizados pela constituição.

Em seguida, foram abordadas as **tradições jurídicas** e os **modelos jurisdicionais** existentes, como os sistemas da *civil law*, *common law* e **direitos**

socialistas, e os modelos de **Jurisdição una** e **Jurisdição dual**. Na sequência, o terceiro tópico do capítulo tratou dos **procedimentos administrativos pré-jurisdicionais**, para uma reflexão de como é ineficiente e custoso, tanto ao Estado quanto ao particular, enfrentar procedimentos *administrativos* que pouco ou nada auxiliam a resolução do conflito jurídico, notadamente nos Estados de tradição romano-germânica e adotantes do modelo da *civil law* que permitem, em regra, uma ampla revisão judicial dessas decisões. Foram cinco os modelos administrativos expostos: Estados Unidos; Reino Unido; Estados da Europa ocidental; União Europeia e residual – neste último estaria inserido o Brasil. Na sequência, foi disposto o **exemplo organizacional da common law inglesa**, cuja organização judiciária está desenhada para a prestação de um serviço jurisdicional de maneira bastante ampla e relativamente informal por meio de órgãos administrativos ou de juízes leigos e de paz, inclusive em matérias jurídicas normalmente reservadas ao juiz ordinário, como penal, família, criança e adolescente, notadamente na “baixa justiça”.

Feitas essas considerações preliminares, o quinto tópico do capítulo seis detalhou a ideia da **origem da Jurisdição Plural**, em uma conceituação para além dos dois modelos atualmente reconhecidos na doutrina mundial consistentes na Jurisdição una e Jurisdição dual. Enquanto na Jurisdição una a primeira ou a última palavra sobre o direito a ser aplicado como forma de resolução do litígio pertence ao Poder Judiciário, na Jurisdição dual os conflitos jurídicos onde o Estado está envolvido são enfrentados por órgãos jurisdicionais alheios à estrutura do Judiciário; nessa modalidade de Jurisdição, obrigatoriamente o Estado tem que estar ao menos em um dos polos da demanda – pode estar em ambos, como ocorre na disputa jurídica entre dois órgãos públicos (*intraneus vs. intraneus*). Mas na Jurisdição dual todos os conflitos envolvendo somente particulares (*extraneus*) serão obrigatoriamente dirimidos pelo Poder Judiciário, não sendo a *justiça administrativa* competente para tanto. Na Jurisdição Plural, por sua vez, os órgãos públicos para além do Poder Judiciário também seriam competentes para dirimir conflitos entre particulares (*extraneus vs. extraneus*).

A origem da Jurisdição Plural está, preliminarmente, na utilização de órgãos públicos já existentes, que também exercem deliberação jurídica, senão ociosos, com a capacidade produtiva diminuída ou inutilizada. Em geral, esses órgãos públicos estão situados nos meandros da administração pública, e são responsáveis, além de outras atribuições, pelo julgamento de processos administrativos, sem, contudo, que suas decisões estejam abarcadas pelos efeitos da *res judicata*. Por isso, são desprezadas quando descontentam uma das partes, possibilitando a revisão delas pelo Judiciário, em um evidente gasto de dinheiro público e desprestígio do enorme conhecimento interdisciplinar neles existente.

Esses órgãos públicos, a partir da implementação de determinadas características, como a efetiva independência, e observados determinados limites de competência, como as matérias jurídicas de maior importância reservadas ao Poder Judiciário, poderiam se tornar *Órgãos Orbitais* da Jurisdição Plural, transmutando a característica de órgão de exercício de função administrativa (executiva) para órgão verdadeiramente de exercício de função jurisdicional, ocasião em que careceria de utilidade, e até mesmo racionalidade, a manutenção de um sistema jurisdicional em que o mesmo Estado analisasse por mais de uma vez a mesma questão jurídica a ele submetida.

Esses Órgãos Orbitais, então, seriam a origem da Jurisdição Plural, com o aproveitamento de estruturas administrativas subutilizadas atualmente existentes no Estado na efetiva função jurisdicional, buscando uma racionalidade para a custosa, e até então ineficiente, Jurisdição monopolizada – sem prejuízo, por certo, da criação de outros órgãos públicos eventualmente necessários ao exercício da Jurisdição Plural burocrática.

O capítulo encerrou abordando o fascinante Tribunal das Águas de Valência, consistente em uma corte jurisdicional que existe na Espanha há mais de mil anos – instituição jurídica mais antiga da Europa e patrimônio cultural imaterial da humanidade (UNESCO/2009). O Tribunal das Águas, além de ser uma corte consuetudinária, igualmente observa o direito consuetudinário. Os juízes não

necessariamente precisam ter formação jurídica, bastando conhecer o funcionamento prático do sistema local. O Tribunal é composto por oito membros, denominados de síndicos, escolhidos pelos próprios agricultores que se utilizam da água para o plantio.

O objeto jurídico determinante da competência do Tribunal é a água, bem indisponível e de suma importância econômica na região voltada à agricultura. Não abarca a competência penal, mas alcança qualquer um que se beneficie do uso da água, incluindo empresas, órgãos públicos ou terceiros, que, por exemplo, tenham causado danos, ou nas águas interfiram, gerando poluição, obstrução, dentre outros, e até mesmo demandas trabalhistas.

O processo no Tribunal é bastante célere; os custos são baixos; não requer representação por advogado; predomina a oralidade, de modo que nenhum ato processual é formulado por escrito. A sentença também é proferida oralmente pelo presidente do Tribunal, de modo bastante objetivo, em regra acompanhada de sanções pecuniárias ao derrotado, mas pode igualmente o condenar em obrigações de pagamento, de fazer ou não fazer.

Se a sentença não for cumprida espontaneamente, o Tribunal pode cortar o abastecimento de água do inadimplente, inclusive requisitando força policial; se a medida consistir em outras mais severas e invasivas, como a expropriação de bens, o Tribunal precisa se socorrer ao poder estatal. As decisões do Tribunal das Águas não são submetidas à revisão pelo Poder Judiciário, mas tão somente ao controle social daquela localidade. O milenar Tribunal das Águas de Valência é um reforço argumentativo acerca da possibilidade da coexistência de órgãos jurisdicionais alheios à estrutura do Poder Judiciário, inclusive no âmbito *ad extra* do Estado.

Como se percebe a partir da exposição contida no capítulo seis, o “Plural” qualifica a Jurisdição, e não o Estado, muito embora o próprio entre público adquira uma feição pluralizada ao ampliar o acesso à justiça mediante a utilização de órgãos públicos secundários capilarizados no exercício da função jurisdicional estatal. A

maneira como esse modelo de Jurisdição Plural será desenvolvida na sociedade e no Estado do século XXI foi exposta nos capítulos seguintes da presente Tese, calcadas em quatro pilares: separação de poderes (capítulo 7); competência e limites de atuação (capítulo 8); independência (capítulo 9); e integração da Jurisdição por mecanismos humanos e digitais (capítulo 10).

O **CAPÍTULO SETE**, que trata da Jurisdição Plural em uma análise sob a ótica da separação de poderes, iniciou traçando elementos caracterizadores do **Poder político estatal**, para em seguida realizar uma descrição destacada sobre os **marcos históricos** acerca das teorias de separação dos poderes políticos do Estado, desde a antiguidade até as constituições modernas. Principiou com a exposição dos pensamentos de **Platão**, passou por **Aristóteles**, **Maquiavel**, **Locke** e destacadamente **Montesquieu**, assim como sobre o contexto geral da primeira constituição dos **Estados Unidos** e da **França**, ainda no século XVIII, e a interpretação da teoria montesquiana por cada um desses dois Estados. Contemporaneamente, procurou expor as concepções de **Hans Kelsen**, **José Joaquim Gomes Canotilho**, **Eros Grau**, **Reinhold Zippelius**, **Peter Häberle** e **Luigi Ferrajoli**, sem prejuízo de outros doutrinadores igualmente importantes, como, por exemplo, Dallari e Rangel, todos eles trazendo uma abordagem atualizada sobre a interpretação hodierna acerca da separação dos poderes políticos do Estado.

A partir das notas gerais sobre os diversos autores citados, foram extraídas as principais ideias e sistematizadas de modo a permitir o desenvolvimento de uma releitura sobre a teoria da separação de poderes do Estado (*separação funcional e divisão orgânica*), não em substituição às existentes, mas tão somente de modo complementar, notadamente em uma divisão entre o **Poder político** e o **Poder burocrático do Estado**, de modo a viabilizar o exercício de uma Jurisdição Plural adequada à teoria do Estado – sem desnaturalizar as ideias essenciais trazidas por cada um deles, mas adaptadas à presente pesquisa.

Sem embargo, o *Poder político* relevante, em linhas gerais, consiste em competências constitucionais depositadas no núcleo respectivo de cada uma das

três funções essenciais do Estado – executiva, legislativa e jurisdicional –, enquanto o Poder burocrático em competências secundárias dentro dessas mesmas funções. Esse Poder burocrático seria desenvolvido por intermédio de uma atividade igualmente política (contudo, não relevante), mas com finalidade distinta, para aumentar a eficiência estatal e melhor organizar a vida em sociedade, e não para evitar a concentração de poderes políticos. Então teríamos de um lado as três funções típicas sendo exercidas enquanto Poder político, por órgãos públicos supremos, e também como Poder burocrático, por intermédio de órgãos públicos subalternos.

De forma sintética, extrai-se do conteúdo do capítulo sete: **a)** o sistema estatal de controle entre os poderes é composto por microssistemas que se complementam na busca pelo equilíbrio, conforme Zippelius. Ou, na visão de Canotilho, o sistema estaria compreendido em uma ordenação controlante-cooperante de funções, onde o que realmente importa não é exatamente saber se o ato é executivo, legislativo ou jurisdicional, mas sim se esses atos podem ser feitos de forma legítima; **b)** O núcleo material das funções do Estado é o novo nome da separação de Poderes políticos relevantes do Estado contemporâneo, obtemperado por Rangel; **c)** o Poder político relevante do Estado, de competência funcional exclusiva dos Poderes organicamente divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário, coexiste com o Poder burocrático estatal, etiquetado em regra sob a denominação de administração pública – ensinamentos extraídos de Kelsen, Zippelius, Häberle, Ferrajoli e grande parte da doutrina, adaptados à presente pesquisa; **d)** o Poder político relevante do Estado, separado materialmente em funções executiva, legislativa e jurisdicional, possui um núcleo indelegável, cujo exercício é da competência exclusiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – de acordo com Kelsen, Grau, Canotilho e Rangel; **e)** o que não estiver inserido no núcleo fundamental material de cada função de Poder político do Estado pode fazer parte do Poder burocrático e ser exercitado também pelos órgãos administrativos; **f)** os poderes Executivo e Legislativo, enquanto órgãos supremos, por encontrarem fonte de legitimação distinta e possuírem finalidades típicas de “governo” (esfera do decidível), não podem exercer função de “garantia” própria dos órgãos públicos

responsáveis pela efetivação substancial dos direitos e garantias fundamentais (esfera do indecível); ou seja, não podem exercer funções jurisdicionais – a partir da doutrina de Ferrajoli; **g)** além dos órgãos supremos e de outros órgãos administrativos dependentes, há no Estado Órgãos Orbitais, constituídos por instâncias independentes e órgãos administrativos burocráticos independentes, nenhum deles submetido ao Executivo, mas sim ao Poder jurídico do Estado instituído pelo ordenamento jurídico, os quais exercem funções executivas, legislativas e jurisdicionais na condição de Poder burocrático do Estado – adaptando os ensinamentos de Kelsen, Häberle e Ferrajoli; **h)** Os denominados Órgãos Orbitais, quando exercem funções jurisdicionais, compõem o quadro dos órgãos públicos de “garantia” – na concepção de Ferrajoli; seu limite de atuação é a Jurisdição não exercida de modo exclusivo pelo Poder Judiciário – Jurisdição burocrática, a partir de uma constatação do núcleo essencial e material da função de Poder político relevante.

Essa sistematização proporcionou a mudança da **visão piramidal escalonada** para uma **visão orbital adequada** dos órgãos públicos estatais.

A **visão piramidal** sobre os órgãos estatais obedece, de certa forma, uma visão kelseniana sobre as estruturas do Estado. Nessa hierarquia escalonada, teríamos, dentro de uma pirâmide imaginária, obrigatoriamente um órgão inferior dependente de outro superior, todos segmentados pela linha divisória das três funções do Poder, até chegar ao órgão supremo de cada uma das funções, consistentes nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. De acordo com a concepção do Estado moderno, praticamente a totalidade dos órgãos públicos burocráticos estaria inserida abaixo do Poder Executivo, de forma dependente a este órgão supremo de Poder político.

Na **visão orbital** (onde a pirâmide imaginária seria substituída por uma imagem semelhante ao sistema solar), diferentemente, a atuação do órgão público não ocorre por meio da subordinação, mas sim a partir da adequação da competência disposta no ordenamento jurídico. O Poder do Estado está no centro do

sistema, e não no ápice da pirâmide. O sistema seria constituído por subsistemas, cuja repartição e coordenação ordenada das competências estatais seriam dimensionadas pela constituição do Estado, e os órgãos instruídos por procedimentos cooperativos em uma distribuição de funções organicamente adequadas, no exercício de tarefas públicas de modo desconcentrado, em uma ordenação controlante-cooperante de funções sedimentadas por um critério de justeza funcional – critério desenvolvido por Canotilho.

No primeiro subsistema, ou na primeira órbita, estariam os órgãos de Poder do Estado, detentores e responsáveis pelo exercício do Poder político relevante, nas funções de governo, garantia e jurídica, assim como da direção política geral do sistema político global do Estado – freios e contrapesos. Na segunda órbita apareceriam as instâncias independentes, em uma espécie de órbita neutra entre o Poder político e o Poder burocrático. A partir da terceira órbita estariam alocados os inúmeros outros órgãos denominados dependentes situados no Poder burocrático do Estado. Quanto mais distante a órbita, menor a importância do órgão na atividade estatal.

A adequação dos órgãos dependentes do Estado a partir da visão orbital adequada traria uma melhor compreensão da **legitimidade político-jurídica** da atuação funcional dos Órgãos Orbitais do Estado, permitindo, com isso, o exercício igualmente legítimo dos Órgãos Orbitais na **função jurisdicional burocrática**. Isso, em sentido amplo, nada mais representa do que a transição do governo dos homens para o governo das leis, mas em uma concepção voltada ao século XXI – como quis em verdade o próprio Estado moderno desde o seu nascedouro, mas que em algum momento do seu processo evolutivo o ideal acabou se perdendo, talvez porque o Estado liberal não soube enfrentar as transformações impostas especialmente pelo Estado social.

Assim, observamos no sétimo capítulo a segmentação funcional entre o Poder político relevante e o Poder burocrático do Estado, possibilitando uma releitura orgânica sobre o arcabouço estrutural estatal, transcendendo a visão

piramidal escalonada para sedimentar uma visão orbital adequada sobre as estruturas públicas, proporcionando com isso o surgimento de órgãos independentes que, a depender de certas características, poderiam exercer a função jurisdicional burocrática para além do Poder Judiciário, ampliando, assim, o acesso à justiça por meio da diversificação dos órgãos jurisdicionais do Estado.

E é a partir desse contexto que a Jurisdição Plural começa a ganhar vida, com uma verdadeira reorganização prática das estruturas públicas, remodelando, por consequência, a própria teoria política do Estado – repise-se, de modo complementar e não substitutivo –, em um aspecto pouco enfrentando quando se explora a função jurisdicional estatal consistente no reposicionamento de órgãos públicos no arcabouço do Estado de maneira que possam resolver conflitos jurídico-sociais de modo efetivamente imunizado (*res judicata*).

A superação dogmática dessa pequena lacuna teórica – se é que assim pode ser considerada – representa na prática uma metamorfose no Estado moderno, transpondo antigas concepções arraigadas a preceitos existentes ainda na sociedade agrária, adaptando suas características às exigências sociais atuais, fazendo emergir, dessa forma, um Estado contemporâneo, notadamente em relação ao modo pelo qual as soluções jurídicas heterocompositivas são apresentadas à sociedade.

Concebe, igualmente, o início de uma Jurisdição voltada ao século XXI, pluralizada, acessível e mais bem capacitada para enfrentar o incontável e desumano volume processual atualmente depositado no Poder Judiciário dos mais variados Estados constitucionais ocidentais, apresentando uma resposta estatal adequada ao caos jurisdicional mundialmente vivenciado, mas em um viés diferente e único: a proposta busca uma resposta interna, dentro do Estado, acreditando que ainda há esperança e possibilidade de utilização eficiente daquilo atualmente existente na disposição orgânica, mediante alguns ajustes e adaptações.

Destaque-se nesse ponto que todos os mecanismos alternativos e

adequados de resolução de conflito são de extrema importância para a efetividade da Jurisdição Plural. Sem eles, seria absolutamente impossível vencer o acervo processual existente e o contingente que ainda está por vir. O que se está querendo frisar aqui é tão somente que a resposta apresentada na pesquisa em voga para o combate ao caos jurisdicional encontra sua fonte de inspiração em outro diapasão, como mencionado, dentro da própria estrutura pública, e não fora dela. Até porque, o Poder Judiciário, por si só, tem sua capacidade de atuação limitada, e mesmo com a utilização desses mecanismos alternativos e adequados, a resposta estatal tem sido, em regra, inadequada quantitativamente. Por isso, a mudança estrutural pública no tocante à função jurisdicional é imperativa. No mais, tudo o que existe sobre ADR e ODR é plenamente compatível com a Jurisdição Plural e, mais, é absolutamente desejável que ocorra dentro dos procedimentos adotados nos Órgãos Orbitais.

Os desafios apresentados por essa nova visão orbital adequada para a implementação da função jurisdicional aos Órgãos Orbitais foram enfrentados sob três óticas distintas: **competência e limites de atuação** (capítulo 8), **independência** (capítulo 9) e **integração da Jurisdição por mecanismos humanos e digitais** (capítulo 10), um necessariamente compondo o outro como forma de viabilizar, sinergicamente e de maneira segura, a Jurisdição para além do Poder Judiciário, respondendo aos seguintes questionamentos: “*o que julgar?*”, “*como julgar?*” e “*como integrar?*”.

O primeiro ponto foi abordado no **OITAVO CAPÍTULO**, que procurou definir o conteúdo do **núcleo material da função jurisdicional** por meio da conjugação dos **escopos da Jurisdição** com as **reservas de Jurisdição** como forma de encontrar um **limite** para a atuação do Órgão Orbital – estabelecendo competências jurídicas delimitadas em favor dos Órgãos Orbitais. O capítulo principiou dividindo a Jurisdição em três **dimensões**: **política, jurídica e social** – todas voltadas à finalidade da Jurisdição.

Em razão da inexistência de fronteiras definidas entre a política e o direito no Estado constitucional, as duas primeiras foram relatadas conjuntamente,

formando a **dimensão político-jurídica**, cujo conteúdo é, essencialmente, com relação ao viés político, manter o equilíbrio e a separação de poderes do Estado, garantir as liberdades públicas negativas e a participação da sociedade na vida política do Estado, em sentido amplo, por meio de ações coletivas, judicialização da política, inclusive em atuação contramajoritária, mas principalmente nas eleições democráticas. Em seu viés jurídico, a grande finalidade seria a manutenção da integridade do direito pelo Poder Judiciário enquanto intérprete final do ordenamento jurídico.

Assim, em linhas gerais, ao tempo em que nas primeiras facetas da dimensão político-jurídica da Jurisdição a finalidade seria resguardar a democracia, a constituição, o Estado constitucional e o equilíbrio entre os poderes, nessa última faceta, voltada mais para a dimensão jurídica da Jurisdição, o objetivo é assegurar a manutenção e o equilíbrio do ordenamento jurídico, por meio de uma função “nomofilática” de controle hermenêutico, e outra “nomotética”, podendo desempenhar o intérprete uma atuação criativa do direito, diante da dotação de sentido para cláusulas abertas e realização de escolhas jurídicas disponíveis.

A **dimensão social**, por sua vez, teria a missão de organizar convenientemente a vida em sociedade gerando a paz social por meio da aplicação do direito nos pronunciamentos jurisdicionais, sendo justamente esse o seu escopo: a pacificação social como forma de garantia de direitos aos cidadãos e como instrumento para a resolução de conflitos jurídicos da comunidade, de maneira residual ao que se observa nas dimensões política e jurídica. Assim, a dimensão social não toca diretamente a preservação da democracia, a participação do particular na formação da vontade política do Estado, o equilíbrio entre os Poderes, a manifestação da soberania, a criação do direito ou a manutenção do ordenamento jurídico, incluindo nele a constituição, mas sim precipuamente atua como meio para resolver o conflito jurídico dentro do processo – e não como fim, como ocorre com a interpretação definitiva do direito na dimensão jurídica.

Definidas as dimensões da Jurisdição, os ensinamentos lusitanos sobre a

reserva de Jurisdição consistiram no segundo parâmetro para a tentativa de encontrar um núcleo material para a função jurisdicional. Por meio da análise da jurisprudência portuguesa, e especialmente da doutrina de Canotilho e Rangel, foram registradas duas classificações. A primeira, de Canotilho, indicando que o monopólio da última palavra estaria relacionado aos "tribunais", enquanto o monopólio da primeira palavra aos "juízes" - reserva de tribunal e reserva de juiz. A reserva de tribunal, ou da "via judiciária", consentiria a análise da situação jurídica previamente por outros órgãos, incluindo aqueles administrativos, desde que se resguardasse a possibilidade de acesso posterior aos tribunais. A reserva de juiz não permitiria, de nenhuma forma, a análise jurídica por outros órgãos estatais, em uma reserva total de Jurisdição aos "juízes", inadmitindo-se o pronunciamento jurídico de outra autoridade que não a judiciária. A segunda advinda de Rangel, que é semelhante a de Canotilho, mas mais diversificada, classifica a reserva de Jurisdição em "reserva absoluta" (juiz), subdimensionando em "especificada" ou "não especificada", e "reserva relativa" (tribunal), podendo ser "integral" ou "parcial".

Estabelecidas as três dimensões da Jurisdição e expostos os critérios para a observação da reserva de Jurisdição, a partir da conjugação de ambos foi possível identificar, de modo aproximado – ou ao menos proposto um conteúdo essencial – do núcleo material da função jurisdicional do Estado, separando competências jurídicas que seriam de atuação exclusiva do Poder Judiciário daquelas que estariam fora do núcleo da função e poderiam ser exercidas burocraticamente pelos Órgãos Orbitais, ou seja, constituindo uma “**reserva do Judiciário**” – *stricto sensu* – dentro da “**reserva de Jurisdição**” – *lato sensu* – do Estado.

Assim, constatou-se que o **núcleo** da função jurisdicional comporta integralmente, de modo *principlológico*, o conteúdo das dimensões política e jurídica, e, de modo *axiológico*, parte do conteúdo da dimensão social da Jurisdição, notadamente nas competências que normalmente se incluem no critério da “primeira palavra” (reserva do juiz – reserva absoluta).

Em linhas gerais, o critério *principiológico* apontado estaria relacionado aos ideais objetivados com a formação do Estado moderno ainda na idade média, conjugados com os fundamentos que regem a separação entre os poderes políticos do Estado, dentre eles as liberdades públicas (direitos de primeira dimensão). O critério *axiológico* estaria vinculado aos valores característicos de cada sociedade e Estado em determinado tempo e espaço, incluindo a aceitação positiva da separação de poderes consistente no desenvolvimento dos direitos fundamentais (demais dimensões do direito, especialmente a segunda).

Dessa forma, temas – competências jurídicas – como a palavra final sobre a interpretação do direito, a participação democrática da comunidade no Estado, o direito político de votar e ser votado, a garantia das liberdades públicas e o controle dos atos jurídico-políticos de Executivo e Legislativo estariam inseridos de forma indelével no núcleo da função jurisdicional do Estado, como decorrência principiológica a partir dos motivos determinantes para a existência do Estado constitucional e para a separação e controle de poderes políticos do Estado de modo a garantir as liberdades públicas. A partir de um critério de valor – axiológico –, outras competências jurídicas poderiam ser inseridas no núcleo da função jurisdição, para igualmente dar exclusividade de atuação ao Judiciário nesses temas, especialmente destacados.

Assim, por exemplo, reportando-se a uma das competências exclusivas inseridas no núcleo da função jurisdicional, no caso brasileiro, de modo *principiológico* o Poder Judiciário deteria, de qualquer forma, a prerrogativa exclusiva de interpretar o direito abstrato de modo definitivo e com efeitos *erga omnes* – detendo o monopólio da primeira palavra, independentemente de qualquer previsão legal. Em outro norte, por pressuposto axiológico, detém o monopólio da competência para aplicar o direito interpretado de modo definitivo a todos os casos concretos, proferindo a última palavra jurídica, tendo em vista que expressamente a constituição assim definiu (XXXV, art. 5º).

Assim, o primeiro, principiológico, cuida da prerrogativa de controlar o

ordenamento jurídico; o segundo, axiológico, simplesmente de decidir o caso concreto. Este último é meio para a pacificação social, o primeiro é seu próprio fim, esgotando-se em si mesmo. Enquanto retirar do Judiciário as competências jurídicas do primeiro significa indevida usurpação e desrespeito à separação de poderes, compartilhar as competências do segundo denota adequação – explicando o exemplo citado: não é possível tirar do Judiciário nacional a prerrogativa de uniformizar a jurisprudência ordinária por meio das decisões dos Tribunais superiores, ou dar a última palavra sobre a constitucionalidade do direito por meio do Supremo Tribunal Federal, mas seria perfeitamente possível que a Constituição autorizasse outro órgão público a proferir decisão jurídica resolutiva dotada de *res judicata* em determinados casos concretos, com competências jurídicas secundárias, como ocorre na Jurisdição dual.

Conforme se observou no capítulo oito, especialmente diante da hipercomplexidade da sociedade atual, plural e multifacetada, portadora de enorme diversidade cultural, não seria possível identificar, de plano, todas as competências jurídicas que poderiam ser atribuídas aos Órgãos Orbitais. Estabeleceu-se, porém, acompanhando o lá contido, dois extremos: aquilo que seguramente estaria inserido no núcleo da função jurisdicional e que seria de atuação exclusiva do Poder Judiciário, e aquilo que certamente estaria fora desse núcleo. Mas entre o que decididamente estaria dentro e fora desse núcleo, encontra-se uma grande “zona cinzenta” indefinida de competências jurídicas.

Essa “**zona cinzenta**” é bastante ampla e está situada entre o núcleo material e a parcela disponível da função jurisdicional. Para tentar estreitar essa zona cinzenta, recorreu-se, inicialmente, em um comparativo, às competências permitidas ao juízo arbitral, encontrando, nesse campo, os direitos patrimoniais disponíveis. Também foram abordados, em complemento, o Tribunal das Águas de Valência e o tribunal “administrativo” canadense *Civil Resolution Tribunal* – CRT, ambos órgãos efetivamente jurisdicionais alheios à estrutura do Poder Judiciário.

Dessa forma, ao menos em linhas gerais, foi possível distinguir, de modo

aproximado, o conteúdo jurídico do *núcleo* da função jurisdicional, ainda que abstratamente, consistente no **Poder político** do Estado, cujas respectivas competências jurídicas seriam de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, e, e, em outro norte, o residual, alcançável ao **Poder burocrático**, consistente em competências jurídicas secundárias e que poderiam ser lançadas aos Órgãos Orbitais.

Além dessa conclusão sobre as competências jurídicas que estariam inseridas ou não dentro do núcleo da função jurisdicional, estabeleceu-se, em complemento, uma segmentação classificatória dentro da **reserva de Jurisdição lato sensu**: **reserva do Judiciário**; **reserva do Orbital**; **reserva residual de Jurisdição**.

A **reserva de Jurisdição lato sensu** representa o que hoje compreendemos por “reserva de Jurisdição”, em sentido amplo, ou seja, a atuação orgânica do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional de modo independente dos demais poderes de Estado.

Como a proposta da presente pesquisa é a de ampliação dos órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário, identificou-se a necessidade de estabelecer quais competências jurídicas sairiam da esfera de atuação do Poder Judiciário e migrariam para a atuação dos Órgãos Orbitais. Partindo-se do pressuposto que os Órgãos Orbitais teriam autonomia perante o próprio Judiciário, a eles caberia uma parte dessa reserva de Jurisdição *lato sensu* distinta daquela parcela atribuída ao Poder Judiciário.

Teríamos, assim, três segmentos *stricto sensu* dentro da reserva de Jurisdição *lato sensu*: o *primeiro*, exclusivo do Judiciário, com competências jurídicas explícitas e implícitas, em matérias jurídicas de especial relevo inseridas no núcleo da função jurisdicional; o *segundo*, exclusivo do Orbital, com competências jurídicas devidamente explicitadas (não haveria competência implícita), em matérias jurídicas secundárias excluídas do núcleo da função jurisdicional; o *terceiro*, considerado

“residual”, seria de atuação, em princípio, do Judiciário, com competências jurídicas implícitas, ou seja, ainda não atribuídas expressamente pela lei a nenhum órgão, em matérias jurídicas secundárias excluídas no núcleo da função jurisdicional – essa competência residual seria do Judiciário porque necessariamente deverá haver previsão legal expressa para atuação de órgão alheio ao Judiciário na função jurisdicional; assim, enquanto não direcionada a nenhum outro órgão público Orbital, as competências jurídicas secundárias não disciplinadas pela lei ficam a cargo do Poder Judiciário, evitando-se o risco de indevida usurpação de função jurisdicional.

Sem embargo, a delimitação aproximada de competências jurídicas e a classificação teórica segmentada na reserva de Jurisdição *stricto sensu* servem para encontrar o limite da atuação jurídica dos Órgãos Orbitais, que, a partir de então, teriam delimitadas e contornadas as suas áreas jurisdicionais de atuação, fora do arcabouço do Poder Judiciário, sem que este possa controlar o respectivo mérito da decisão jurisdicional proferida pelo julgador orbital, consistente em uma verdadeira sentença dotada de caráter de definitividade (*res judicata*).

Nesse ponto, é importante frisar que, muito embora não haja controle do mérito pelo Judiciário sobre as decisões jurídicas proferidas nos Órgãos Orbitais, essa atividade sofre fiscalização da mesma maneira observada em qualquer outro órgão público, inclusive no Judiciário. Por isso, as respectivas decisões podem ser impugnadas, além da via recursal própria, por mecanismos autônomos, como ocorre com as sentenças dos juízes integrantes do Poder Judiciário. Dessa forma, excluindo o sistema recursal, o Judiciário poderia ser acionado, por exemplo, por meio de ação declaratória de inexistência e nulidade de ato jurídico, mesmo depois do trânsito em julgado das sentenças proferidas pelos Órgãos Orbitais, ou por intermédio de ações constitucionais como mandado de segurança e *habeas corpus*, enfim, instrumentos jurídicos que são utilizados ordinariamente para impugnar atos jurisdicionais de juízes para além dos recursos ordinários. Ou seja, haverá efetivo controle, mas sem interferência no julgamento merital.

Também é necessário destacar que não se pretende com essa distinção

de reservas jurisdicionais criar uma justiça de categoria inferior; ao contrário, cuida-se apenas de uma adaptação da estrutura estatal arcaica às necessidades da sociedade do século XXI, ampliando o acesso ao sistema de justiça como um todo. Certamente há riscos nessa ampliação e na designação da competência jurisdicional para órgãos alheios ao Judiciário, conforme exposto no relatório do Projeto de Florença, mas especialmente a independência do julgador e o devido processo legal estão absolutamente resguardados dentro da proposta – sem olvidar que muita coisa mudou de lá para cá, inclusive a transparência na atuação pública; e talvez o risco de permanecer inerte nesse cenário caótico seja muito maior do que o de atuar de modo vanguardista, pois sem a resposta estatal adequada aos conflitos sociais, corre-se aí sim o risco de perda da legitimidade de atuação e da monopolização da função jurisdicional, ressuscitando a indevida autotutela e a vingança privada.

Definido no capítulo oito o **limite** da atuação jurisdicional do Órgão Orbital, ainda que de modo aproximado no tocante ao núcleo material da função, o **CAPÍTULO NOVE** tratou da **independência** para o exercício da função jurisdicional, respondendo à uma das provocações existentes no final do capítulo sete, consistente em “**como julgar?**”. A resposta não poderia ser outra: julgar com independência.

A posição de independência do julgador é possivelmente o que torna a Jurisdição uma exclusividade do juiz. Outros atributos, como conhecimento jurídicos, devido processo legal e imparcialidade podem ser igualmente encontrados nas demais profissões aptas a prolatar decisão jurídica em sociedade, mas nem sempre esse conjunto de fatores é capaz de proporcionar uma independência ao julgador.

A independência do Órgão Orbital foi enfrentada sob duas perspectivas: **jurídica** e **histórica**.

No tocante à primeira, **jurídica**, ela foi dividida em independência **funcional para o exercício da Jurisdição** e independência **material com relação à administração pública**. Com relação à **independência funcional**, tendo em vista se

tratar efetivamente de exercício de função jurisdicional, as garantias elementares disponibilizadas aos juízes em cada ordenamento jurídico deveriam ser estendidas aos julgadores orbitais; no Brasil, por exemplo, a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídios e a vitaliciedade seriam garantias também existentes nos Orbitais, e o controle administrativo e disciplinar das funções seria exercido por corregedorias do Poder Judiciário, e não dos órgãos “administrativos”. Em outro turno, os julgadores também observariam os deveres e limitações impostas aos juízes, que vão desde as mais gerais, como vedação de filiação e exercício de atividade político-partidária, até as específicas situadas no plano processual, sob a égide das suspeições e impedimentos.

Dessa forma, no tocante à independência, acompanhando a jurisprudência do TEDH e da CIDH, seria possível qualificar um órgão *administrativo* como “tribunal”, na verdadeira acepção do termo, a partir do momento que a ele fossem conferidas determinadas características e especiais garantias, ou seja, em outras palavras, não haveria óbice para o Órgão Orbital desenvolver a função jurisdicional de maneira independente, desde que respaldado pelo ordenamento jurídico.

No segundo ponto, à *independência funcional* acima descrita foi agregada a **independência material** em relação à *administração pública*, que emerge sob dois aspectos: o primeiro deles é em razão do descolamento da posição dos Órgãos Orbitais da hierarquia administrativa do Poder Executivo. Com a adequação das competências jurídicas, os órgãos anteriormente denominados como “dependentes” passam a ser “independentes”, saindo da esfera do “governo” para se situarem na esfera da “garantia”, obedecendo unicamente ao ordenamento jurídico, e não mais ao dirigismo e a coordenação advinda da cúpula do Poder Executivo. O segundo aspecto da independência do Órgão Orbital com relação à administração é a imparcialidade sob a ótica da finalidade da decisão e o modo de sua construção – transmutação da natureza jurídica de “decisão administrativa” para “sentença jurisdicional”.

Conforme se destacou, quando os órgãos da administração estão situados de maneira hierarquizada na esfera do *governo*, o dirigismo superior é de observância obrigatória, notadamente naquela interpretação da lei a ser aplicada ao caso concreto e voltada ao interesse geral público ou do órgão – interesse primário e secundário. Diante disso, o desfecho do caso concreto é vinculado a um interesse geral alheio ao processo, e não ao interesse individual de resolução da situação jurídica submetida ao agente administrativo ou mesmo de efetivação de direitos na função de garantia.

Ao abandonar a esfera do *governo* para adentrar à esfera de *garantia*, o julgador orbital passa a desenvolver a função jurisdicional. A supremacia do interesse público, consistente em um importantíssimo princípio que deve ser respeitado na esfera governamental, não pode ser aplicado na esfera de garantia em prejuízo ao direito individual. Dessa forma, a decisão jurídica tem, por consequência, uma *alteração principiológica*, da maneira como o conflito jurídico deve ser enxergado e a decisão construída. Igualmente, observa-se a mesma alteração com relação à interpretação da lei, que deixa de ser dirigida pelos superiores hierárquicos, voltada à finalidade do interesse público, primário ou secundário, passando a ter interpretação independente pelo próprio julgador, direcionada ao interesse individual daquele caso concreto, como deve ser a Jurisdição em um Estado constitucional democrático.

Nessa relação, o processo que antes era considerado administrativo e agora é reconhecido como jurisdicional abandona a ótica bilateral, quando o Estado imiscuía a função de julgador com a de parte, e passa a ser observado sob uma ótica trilateral, onde há no processo duas partes e um terceiro independente delas, consistente no julgador orbital.

Assim, a independência exigida do julgador é verificada também a partir do momento em que o *ato administrativo* se transmuda em *sentença*, perdendo o caráter meramente prescritivo, típico dos provimentos administrativos, adotando um caráter teórico, exigindo fundamentação “de fato e de direito”, como condição de

todo provimento jurisdicional lastreado em normas jurídicas específicas voltadas à esfera das garantias.

Na perspectiva **histórica** foi possível observar, primeiramente, a evolução do princípio da unidade da Jurisdição e os motivos pelos quais o Estado concentrou a função jurisdicional em um único órgão Judiciário, constatando-se que, não obstante historicamente, em regra, os órgãos “administrativos” jurisdicionais alheios ao Poder Judiciário estarem pautados sob a égide de tribunais de exceção, em algumas oportunidades haviam órgãos “administrativos” jurisdicionais legítimos para além do Judiciário. Esses tribunais alternativos foram paulatinamente sendo eliminados do aparelho de justiça, fato que ocorreu por conveniência organizacional do sistema que, por vezes, diante da ausência de ordenação, funcionava de maneira descontrolada como um verdadeiro magma, sob um viés analógico em uma sociedade agrária, fatores estes que dificultavam ainda mais a manutenção da pluralização – situação substancialmente diferente da atual sociedade pós-moderna tecnológica.

Diante dessa percepção histórica, foram identificadas características de tribunais de exceção e confrontadas com os predicados desejados em um Órgão Orbital, entabulando um quadro sinótico e recorrendo, a partir dos elementos nele inseridos, um comparativo. As diferenciações traçadas mostram um direcionamento relativamente seguro para trilhar o caminho inverso da unificação da Jurisdição, aumentando o acesso à justiça e permitindo agora uma pluralização necessária para o enfrentamento das demandas da sociedade do século XXI, de modo a viabilizar que a Jurisdição Plural seja exercida com imparcialidade e independência nos Órgãos Orbitais, sem desgarrar de todas as conquistas civilizatórias hoje disponíveis ao cidadão por meio da Jurisdição.

Enquanto o capítulo oito cuidou do limite de atuação e o capítulo nove da independência do Órgão Orbital, o **CAPÍTULO DEZ** tratou de expor a **integração** entre os órgãos da Jurisdição Plural.

Pensar em uma Jurisdição para o Estado do século XXI impõe necessariamente o abandono de antigos dogmas. A ampliação dos órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário consiste, certamente, em um desapego à visão tradicional da organização funcional jurisdicional, mas essa mutação, por si só, não seria suficiente às exigências dos novos tempos. Aceitar, assim, a existência de órgãos jurisdicionais para além do Poder Judiciário talvez seja a barreira com menor grau de dificuldade a ser superada diante dos anseios da atual sociedade pós-moderna.

É por isso que, além dessa releitura contemporânea sobre a clássica organização estatal para o exercício da função jurisdicional, a presente pesquisa tratou de entabular mecanismos de integração humanos e cibernéticos para o efetivo desenvolvimento de uma Jurisdição Plural

A integração por mecanismos humanos foi elaborada com base no instituto do **reenvio prejudicial**, existente no direito da União Europeia, adaptado ao exercício da Jurisdição Plural, notadamente para o enfrentamento dos *hard cases* pelos Órgãos Orbitais e para a composição das lacunas eventualmente existentes no sistema, especialmente diante da reserva de Jurisdição do Judiciário (capítulo 8), possibilitando, além disso, a emersão de uma sentença multicêntrica, para além daquilo ordinariamente observado na decisão administrativa ou judicial, quando, então, ela seria construída com a participação de autor, réu, julgador orbital e juiz.

O instrumento do reenvio prejudicial consiste em uma consulta que é feita pelos juízes dos Estados-membros ao respectivo Tribunal de Justiça da União Europeia com o intuito de uniformizar e dirimir dúvida relevante sobre o direito da União a ser aplicado. O Tribunal de Justiça responde abstratamente a essa consulta, sem ingressar no mérito do julgamento do caso concreto. O mesmo ocorreria na Jurisdição Plural: diante de dúvida relevante sobre a vigência ou interpretação abstrata do direito, o julgador orbital poderia formular uma consulta ao Poder Judiciário para o auxiliar a superar essa eventual barreira jurídica existente no caso concreto, sem que isso signifique interferência sobre o julgamento do mérito.

Dessa forma, o reenvio prejudicial não pode, de nenhuma maneira, ser vislumbrado como um mecanismo de fiscalização, mas sim de efetiva coparticipação e integração entre juízes de Jurisdições distintas, fundado em uma modalidade de exercício da Jurisdição voltada ao século XXI, muito distante daquela concepção formalista observada desde a sedimentação do Estado constitucional do século XVIII, atuando o instrumento coparticipativo sob importantes vertentes:

Primeiramente, o reenvio prejudicial serviria como mecanismo auxiliar de consulta disponível aos julgadores e partes para dirimir relevante e determinante dúvida sobre o direito, material ou procedimental, que possa interferir no desfecho do caso concreto (*hard case*) – e por que não também com relação à eventual avaliação fática complexa?

A segunda vertente estaria sedimentada no fato do controle da interpretação definitiva sobre o direito estatal continuar a cargo do Poder Judiciário, de maneira idêntica ao que ocorre no direito da União Europeia com relação ao seu Tribunal de Justiça, gerando estabilidade ao sistema sem que isso obste, por via reflexa, a atividade nos Órgãos Orbitais.

A terceira vertente derivaria a partir da conjugação dos dois pontos acima destacados, e consistiria na conservação da segurança jurídica, igualmente sob dois aspectos: o primeiro, conforme atentamente abordado, seria que a interpretação e coerência do direito continuaria sendo mantida pelo Poder Judiciário; cláusulas abertas e o controle de constitucionalidade, somados a quaisquer outras dúvidas eventualmente existentes no caso concreto sobre o direito em tese, poderiam ser dirimidas por meio da consulta, efetuada pelo julgador e pelas partes. O segundo, e bastante relevante, seria a agilidade e a manutenção dos pronunciamentos jurídicos hoje considerados “administrativos” ao estarem dotados dos efeitos da coisa julgada, mas não sem contar com a participação do Judiciário na formação da decisão, quando necessário.

Isso aumentaria a segurança jurídica, geraria agilidade processual e

principalmente economia aos cofres públicos ao possibilitar a integração jurisdicional no decorrer do processo jurisdicional em tramitação no Órgão Orbital, e não somente após ter sido encerrado ele por completo – quando normalmente ocorre quando o Poder Judiciário detém a última palavra sobre o direito. Evitar-se-ia o que hoje ocorre com a decisão que é considerada administrativa: o controle (decisão administrativa), do controle (revisão administrativa), do controle (juiz), do controle (tribunal), e sobre esses controles, eventual outro controle por meio de recursos aos tribunais superiores, tudo isso em uma Jurisdição que seria competente para analisar bens jurídicos “disponíveis” – tendo em vista que os principais bens jurídicos estariam aos cuidados da reserva do Judiciário –, e em muitas vezes a palavra final depois de esgotados todos os recursos serviu apenas para confirmar aquela primeira decisão, ensejando o reconhecimento de uma quarta vertente, que consistiria na economia que a Jurisdição Plural devidamente sistematizada poderia conferir aos cofres públicos evitando a repetição de procedimentos desnecessários.

A quinta vertente emergiria na utilização do reenvio prejudicial como fator de multiplicação da independência e imparcialidade do julgador orbital ao afastar as indevidas ingerências políticas, por vezes escusas, que ocorrem na esfera burocrática estatal, permitindo a construção da sentença orbital de acordo com a Jurisdição do Estado constitucional democrático, diante da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo em tramitação do Órgão Orbital.

A sexta vertente estaria estabelecida no auxílio que o Judiciário poderia dar naquelas situações em que a competência para o julgamento da matéria seria do Órgão Orbital, mas os comandos processuais para a efetivação de determinadas medidas estivessem inseridas na “reserva do Judiciário”, como, por exemplo, uma busca e apreensão ordenada pelo Orbital a ser cumprida “dentro da casa do indivíduo”, ocasião em que o reenvio prejudicial seria utilizado como instrumento complementar para aportar incidentalmente a imperiosa ordem judicial, em qualquer fase do processo, seja ela de conhecimento ou execução – a “consulta”, nesse caso, converter-se-ia em “pedido”, que poderia ser bastante simplificado, sem desnaturalizar o instituto (de modo semelhante ao que ocorre no Tribunal das Águas

de Valência e no *Civil Resolution Tribunal* canadense).

Na sétima vertente, o reenvio prejudicial também seria uma alternativa de grande utilidade especialmente naqueles Estados que não permitem o controle de constitucionalidade difuso – assim como derivações desse sistema.

Feitas essas considerações sobre como o modelo europeu do reenvio prejudicial adaptado à Jurisdição Plural poderia ser viabilizado formalmente nos Órgãos Orbitais, notadamente para suprir as lacunas do sistema pluralista, é importante consignar que o reenvio prejudicial, quando decidido por um colegiado do Judiciário competente na matéria, formaria a jurisprudência relativa ao tema, passando a decisão a ser vinculativa *ultra partes* e *erga omnes*, se assim permitido pelo ordenamento jurídico estatal, como ocorre, por exemplo, nas súmulas vinculantes na *civil law* ou nos precedentes da *common law*. Antes disso, se reconhecida a repercussão geral, o Poder Judiciário poderia suspender a tramitação de ações semelhantes existentes em todos os Órgãos Orbitais até pronunciamento definitivo. Também nesse diapasão, emergiria uma outra faculdade processual contemporânea, que seria a possibilidade de inaugurar um processo coletivo ou até mesmo de efetivar uma decisão estruturante.

Assim, restariam preservados íntegros os dois sistemas de Jurisdição, do Judiciário e do Orbital, sem indevida interferência de um sobre outro, respeitando os seus respectivos objetivos e especificidades, mas literalmente acoplados por meio das pontes de transição fornecidas pelo reenvio prejudicial, desenvolvendo ensinamentos e aprendizados mútuos e contínuos, próprios de uma racionalidade transversal: o Judiciário fornecendo o devido auxílio nos *hard cases*, sem, contudo, julgar o mérito da demanda, que continuaria sob a responsabilidade do Orbital.

Esse diálogo altero entre os Órgãos Orbitais e o Poder Judiciário efetivado por meio do reenvio prejudicial não se afastaria em sua essência daquilo que se denominou como comércio entre juízes, diálogo entre juízes, mundialização judicial ou auditório global, quando juízes submetidos a soberanias distintas

dialogam em busca de conhecimentos complementares na jurisprudência de outros Estados ou tribunais supranacionais como reforço do argumento jurídico para enfrentar os *hard cases* a eles concretamente submetidos. Mas enquanto esse contexto trata de um diálogo mundial entre as diversas jurisdições estatais, aqui estaríamos cuidando do diálogo “glocal” entre as “duas” jurisdições internas, a Jurisdição enquanto Poder político (Poder Judiciário) e a Jurisdição enquanto Poder burocrático (Órgão Orbital).

O “acoplamento estrutural altero” ensejador de pontes de transição e viabilizador de uma racionalidade desejada por um comércio entre juízes pertencentes a distintos sistemas jurisdicionais heterogêneos possibilitaria o surgimento de uma decisão jurídica construída a partir de uma visão multicêntrica do processo, superando a visão bilateral da decisão administrativa – onde o Estado se confunde com a parte – e a tradicional visão trilateral da decisão jurisdicional – autor, réu e juiz –, pois a contribuição jurídica decisória contaria com o auxílio do juiz ao julgador orbital, em uma prestação jurisdicional que tem como escopo principal a resolução do conflito jurídico concreto, mesmo que para isso precise inverter ou superar a clássica lógica processual, pois a construção da **decisão estruturalmente multicêntrica na Jurisdição Plural** contaria, então, com a participação de **autor, réu, julgador orbital e juiz**, o que seria diferente de todos os sistemas até então conhecidos na Jurisdição ordinária, em que, em regra, a participação do Poder Judiciário ocorre posteriormente ao desfecho do processo “administrativo”.

E essa participação concomitante do Poder Judiciário no processo em tramitação no Órgão Orbital seria importante pois, como mencionado, a interpretação final sobre o direito é matéria inserida no núcleo da função jurisdicional, portanto, de atuação exclusiva do Poder Judiciário, e eventual descontentamento não sobre o mérito em si, mas sobre a interpretação dada pelo julgador orbital ao direito aplicado ao caso concreto, notadamente nos *hard cases*, poderia ensejar eventualmente a reabertura da discussão posteriormente no Judiciário, como atualmente ocorre. Essa grave falha do atual sistema não se repetiria na Jurisdição Plural com a disponibilização do reenvio prejudicial,

notadamente às partes, que, diante da sua não utilização durante a tramitação processual, veriam preclusas as possibilidades de questionamento sobre a interpretação dada pelo julgador orbital ao direito.

Assim, diante de todo esse contexto, o instituto do reenvio prejudicial auxiliaria a efetivação da Jurisdição Plural, acompanhando os anseios evolutivos da sociedade e do Estado do século XXI, sem desgarrar de conquistas civilizatórias especialmente no tocante à segurança jurídica e à missão do Poder Judiciário no Estado constitucional democrático.

A integração humana entre Judiciário e Orbital, assim como a notabilidade do próprio instituto do reenvio prejudicial adaptado ao exercício da Jurisdição Plural para a manutenção da coerência do sistema como um todo, não obstante a sua importância, são instrumentos que necessitam de suporte tecnológico para se tornarem efetivamente eficazes na Jurisdição do século XXI. Em razão disso, além dos mecanismos de integração humanos, dispostos na primeira parte, a segunda parte do capítulo dez expôs, de modo auxiliar, mecanismos **cibernéticos** para o efetivo desenvolvimento de uma Jurisdição Plural (“órgãos digitais”).

A integração cibernética da Jurisdição Plural principiou demonstrando, em linhas gerais, preceitos sobre a **quarta revolução industrial** vislumbrada desde o final do milênio, cujas tecnologias expandem seus reflexos também sobre a Jurisdição. A Jurisdição atual 3.0 e que tem como ápice a automação de procedimentos será substituída pela Jurisdição 4.0, liderada pela utilização ampla da inteligência artificial em todos os seus setores. Diante disso, foram expostos temas como **inteligência artificial (forte e fraca), algoritmos, machine learning, deep learning, big data, analytics, jurimetria, blockchain, cloud computing**, dentre outras, indicando, pontualmente, como essas tecnologias poderão ser implementadas e utilizadas na Jurisdição Plural do século XXI.

Mas nem só no uso de ferramentas tecnológicas consistirá a Jurisdição do futuro: haverá uma verdadeira mudança de concepção. Em razão disso, é

possível observar um processo de revolução jurisdicional iniciado em diversos pontos espalhados pelo mundo para a formação de **smart courts** e **tribunais on-line**. Hoje, as ODRs – *online dispute resolution* – são uma realidade especialmente na iniciativa privada, como se vislumbra nas plataformas virtuais de *e-commerce*, notadamente nos Estados Unidos e na China. No entanto, as ODRs têm paulatinamente adentrado aos procedimentos dos tribunais estatais, o que pode ser considerado como o primeiro passo voltado à mudança. Isso, porém, é apenas um detalhe de toda a mutação.

As ODRs não seriam apenas um alargamento virtual de operações judiciais analógicas atualmente existentes, simplesmente melhorando a conveniência e a acessibilidade aos tribunais, pois a adoção deles pelos tribunais, conjuntamente com outras tecnologias, mudaria por completo a Jurisdição como nós conhecemos.

Em linhas gerais, os tribunais *on-line* estariam sedimentados em três pilares: procedimentos integralmente *on-line*; incorporação de ODRs e utilização de mecanismos de inteligência artificial, não apenas como assistência para a tomada da decisão jurídica, mas especialmente para formar um sistema amplamente informatizado, que atuaria desde os primeiros passos da demanda, auxiliando o usuário por meio de um assistente virtual comandado por inteligência artificial, que faria um filtro preliminar, por meio de uma fase inicial exploratória acerca do litígio, esclarecendo se a demanda é ou não juridicamente válida e, em sendo, quais os caminhos disponíveis para a sua consecução, fornecendo, desde logo, os “formulários” virtuais de solicitação do pedido (peticionamento inicial). As opções não serão apenas jurisdicionais: o sistema teria a possibilidade de instruir o usuário a procurar outros mecanismos alternativos, públicos ou privados, para a tentativa de solucionar o conflito jurídico (ADRs). Esses instrumentos consistiriam na contribuição mais importante dessa nova era para o conhecimento e efetivação de direitos, especialmente ao jurisdicionado não representado por advogado.

É por isso que os tribunais *on-line* não são apenas versões mais baratas,

eficientes e acessíveis dos tribunais tradicionais, mas se apresentam como uma nova instituição capaz de transformar as características e os objetivos da prestação jurisdicional estatal, tornando-a menos adversarial, mais flexível e sensível ao contexto como um todo, expandindo sua atuação para além da visão clássica do processo.

A nova visão sobre a Jurisdição causaria ao menos três mudanças disruptivas: a transmutação da percepção atual do tribunal como sendo um local físico para outra concepção vislumbrando o tribunal como um local híbrido ou totalmente virtual; o abandono da ideia de que apenas humanos podem intermediar conflitos jurídicos; e, por fim, a utilização ampla dos dados processuais por meio do *big data* e *analytics*, não apenas para a formulação de estratégias internas para melhorar o enfrentamento processual dos conflitos jurídicos, mas especialmente na utilização desses dados jurisdicionais para o desenvolvimento de políticas públicas, notadamente extensiva aos grupos sociais das minorias e aos que em regra não possuem acesso à Jurisdição – tendo em vista que o acesso seria aumentado pelo uso informal de plataformas virtuais; quando esses indivíduos isolados procurassem a Jurisdição, por meio da análise de dados seria possível identificar demandas coletivas reprimidas, e expandir os resultados de litígios individuais para grupo maiores.

Nessa via de acesso, os tribunais *on-line* oferecem uma perspectiva de equilíbrio, aprimorado em razão das qualidades da tecnologia digital e, em particular, no uso de algoritmos e dados. Os processos *on-line* podem ser conduzidos de qualquer local onde se tem acesso à internet, a qualquer hora e a qualquer dia, eliminando não apenas barreiras físicas, mas também econômicas. Isso gera reflexos não somente ao jurisdicionado, mas também aos tribunais, que não precisam manter enormes espaços físicos, que podem ser substituídos, por exemplo, por pequenos centros “híbridos” de atendimento melhor localizados – como um “quiosque” em um *shopping center*. O uso da inteligência artificial também nivela o campo de jogo entre os litigantes habituais e eventuais, e, como tudo ocorre de maneira *on-line*, acessível de longe, sem a necessidade de deslocamentos ou

enfrentamento da burocracia em repartições públicas e sem nenhum custo, a virtualização também faz a ponte entre a periferia e o centro.

Mas esses procedimentos existentes nos tribunais *on-line* diferem radicalmente daqueles digitalizados vislumbrados atualmente: serão informais, não haverá audiência nem a participação simultânea dos envolvidos, ao contrário, ele se desenvolverá com uma contínua participação dos integrantes processuais, com sucessivas trocas de informações e documentos, sem qualquer espécie de sustentação oral, notadamente nos casos de menor complexidade – ou que admitam o julgamento antecipado, por exemplo. A mudança radical não se limitaria ao procedimento, pois refletiria também na linguagem tecnológica. A atual comunicação nos tribunais pode ser classificada como “síncrona”, e o julgamento *on-line* deve comportar formas “assíncronas” de interação. Assim, enquanto na primeira todos os envolvidos precisam estar disponíveis simultaneamente para que o processo avance, na segunda esse sincronismo é dispensável.

Essa seria a primeira geração dos tribunais *on-line*; mas olhando ainda mais para o futuro, uma segunda geração de tribunais *on-line* deverá emergir, na qual uma grande parte desses serviços será prestado inteiramente por seres artificiais, inclusive com determinações jurídicas vinculativas.

E quando se fala em revolução para o futuro, ela não se limitará a forma como a Jurisdição é desenvolvida, mas principalmente a maneira como ela se apresenta para a sociedade. Será, por isso, uma transformação igualmente cultural, alterando, por certo, também o escopo da Jurisdição, deixando a função jurisdicional de ser somente o *locus* de resolução do conflito ou o produto jurídico final do litígio – sentença –, passando a constituir a matéria prima inicial para a prevenção dos conflitos existentes em sociedade, notadamente diante da *big data analytics*, compartilhando esses resultados com a esfera governamental do Estado para o melhor desenvolvimento de políticas públicas, destacadamente as que irão prevenir litígios. Será a Jurisdição a informar com propriedade estatística quais são os verdadeiros problemas sociais, e não apenas os jurídicos, em uma nova concepção

de exercício de funções de Poder político do Estado.

Assim, é possível afirmar que as *smart courts* e os tribunais *on-line* serão o futuro da Jurisdição. O **Judiciário 4.0** já ensaiou os primeiros passos no Brasil, mas ainda está distante da efetiva aplicação da inteligência artificial na Jurisdição de modo pleno, diferentemente daquilo atualmente observado em seu ponto extremo, como os **juízes robôs** da Estônia ou as **smart courts chinesas**, que se valem de inúmeros mecanismos digitais para o respectivo funcionamento, certamente com o uso de todas as tecnologias expostas na presente pesquisa, inclusive de plataformas virtuais, sendo permitido afirmar, a partir deles, que os tribunais *on-line* já são uma realidade.

Mas a Jurisdição cibernética não será vislumbrada somente dentro do Poder Judiciário. Ao contrário. Ela será igualmente desenvolvida dentro dos Órgãos Orbitais da Jurisdição Plural.

Essa afirmação já é realidade com a identificação de um **Órgão Orbital** da **Jurisdição Plural 4.0** existente no Canadá. A província de *British Columbia*, situada no extremo oeste do Canadá, possui o primeiro tribunal *on-line* daquele país, denominado **Civil Resolution Tribunal – CRT**, competente para apreciar: lesões em veículos automotores de até US\$ 50.000; pequenas causas com valor limitado a US\$ 5.000; litígios de propriedade (condomínio), em qualquer valor; sociedades e associações de cooperativas, para disputas de qualquer valor.

O *Civil Resolution Tribunal – CRT* foi estabelecido em lei, e está em funcionamento desde julho de 2016 – possivelmente foi o primeiro tribunal *on-line* em operação no mundo. Apesar de ser denominado como “tribunal”, o *Civil Resolution Tribunal – CRT* não integra o Poder Judiciário, e sua competência para julgamento não se limita aos casos jurídicos envolvendo o Estado, como ocorre na Jurisdição dual. Suas decisões, no entanto, mesmo na relação exclusiva entre particulares, fazem coisa julgada. A tramitação processual no tribunal *on-line* canadense está sedimentada em quatro etapas, todas virtuais. A primeira etapa é

exploratória, onde o usuário interage com *software* de inteligência artificial para compreender melhor o contexto do litígio. Se o usuário, depois de todo o esclarecimento jurídico que recebeu, decidir propor a demanda, basta preencher um formulário que é imediatamente disponibilizado. A segunda etapa objetiva a autocomposição, realizada na plataforma virtual entre os litigantes; na terceira etapa haverá a mediação, também operacionalizada com auxílio da inteligência artificial; a quarta e última etapa consiste no processo em si; é assíncrona e finaliza com a sentença, prolatada – ao menos por enquanto – por um humano.

O *Civil Resolution Tribunal* – CRT é, assim, um grande exemplo de **Órgão Orbital em plena atividade**; ele pode ser considerado a evolução de uma outra atividade desenvolvida no Canadá desde a década de 1970 que era denominada *rentalsmen*, para a apreciação de demandas envolvendo aluguéis. E quando se propõe na Jurisdição Plural a utilização de órgãos públicos existentes no arcabouço estatal para a ampliação da função jurisdicional heterocompositiva, é esse, em princípio, o espírito que se pretende seguir. A proposta da Jurisdição Plural, sem prejuízo da criação de outros órgãos públicos, primeiramente objetiva a adequação dos que já estão em atividade, economizando tempo e dinheiro público, como o Canadá fez: transformou um instituto simplório – *rentalsmen* –, mas de bom funcionamento, em um verdadeiro “tribunal” – CRT –, voltado para o futuro por ser *on-line*, muito mais leve e desburocratizado, como deve ser a Jurisdição do século XXI.

Nesse campo, o Brasil nos traz bons exemplos preliminares de plataformas virtuais – ODR – disponíveis para que consumidores resolvam seus problemas diretamente com fornecedores previamente cadastrados, normalmente empresas de grande porte, como é o caso do “consumidor.gov.br”, existente também em aplicativo para *smartphone*, as quais, com poucas alterações, também poderiam se tornar verdadeiros tribunais *on-line*.

E é dessa forma, portanto, que a Jurisdição humana se entrelaça com a Jurisdição cibernética, virtual ou digital. Em um **futuro** não muito distante, todas as

tecnologias descritas na presente pesquisa, assim como outras que serão criadas, irão, do ponto de vista organizacional, de algum modo integrar todos os sistemas de justiça, principiando com uma nuvem comunitária (**cloud computing**), que não será apenas do “Poder Judiciário”, mas sim da “Jurisdição”, englobando tanto a exercida por juízes enquanto Poder político relevante, quanto a desenvolvida por julgadores orbitais na condição de Poder burocrático. Os sistemas operacionais, então, serão únicos, compartilhados entre **Judiciário** e **Orbitais**.

O **blockchain** possibilitará que essas informações transitem virtualmente em uma cadeia de segurança de modo a garantir sua autenticidade do início ao final do processo, especialmente na utilização do instrumento de coparticipação do reenvio prejudicial. O **big data** será tão valioso no Judiciário quanto nos Orbitais; aliás, todas as informações existentes, amplificadas diante do aumento dos órgãos jurisdicionais estatais, permitirão um visão holística para além do Judiciário, de modo a possibilitar a definição de estratégias globais ainda mais efetivas, não apenas represivas, mas especialmente preventivas.

E a **inteligência artificial** será a grande aliada do julgador para a construção da decisão jurídica, praticamente fazendo o grande trabalho preliminar necessário à pesquisa e organização dos argumentos fático-jurídicos, resguardando a complexidade decisória ao ser humano para que em cada decisão concreta ele possa lapidar a resposta jurisdicional artesanalmente diante do conjunto bruto de informações produzidas pela máquina; aliás, não apenas o julgador se valerá da IA, mas também as partes, que contarão com assistente jurídico virtual que poderá lhes prestar assessoria jurídica plena, tornando a Jurisdição muito mais simples e realmente acessível, inclusive e especialmente aos hipossuficientes “não representados” – de modo amplificado, acompanhando o proposto na ideia dos *tribunais on-line* anteriormente destacados.

Todo esse conjunto estimularia igualmente o desenvolvimento de uma Jurisdição sustentável, atendendo ao 16º objetivo de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU, ao se converterem instituições públicas

arcaicas de utilidade limitada em verdadeiros órgãos jurisdicionais, auxiliando na pacificação social de conflitos jurídicos, proporcionando acesso simplificado à justiça por meio de **Órgãos Orbitais** eficazes, responsáveis e transparentes existentes em uma **Jurisdição Plural**.

Como é possível verificar, não estamos distantes das *smart courts* em uma Jurisdição Plural 4.0, seja no Poder Judiciário ou nos Órgãos Orbitais; basta quebrarmos os antigos dogmas e preconceitos que em nada contribuem para a evolução humana. Afinal, parafraseando Susskind, a Jurisdição é um serviço, e não um local.

Indo além, em busca de uma Jurisdição verdadeiramente voltada ao século XXI, não é difícil imaginar como ocorreria a transposição dessa alteração do arcabouço estatal interno para um nível supraestatal, integrando não apenas as Jurisdições locais, mas também a Jurisdição mundial por meio da tecnologia e de órgãos estrategicamente adequados. Nesse campo, **duas pequenas reflexões finais**, de maneira absolutamente apedêutica e despretenciosa, podem ser registradas.

A primeira é sobre o diálogo entre juízes, mundialização judicial, auditório global ou, conforme aduz Garapon²⁹⁷⁶, comércio entre juízes e a sua atividade no futuro. Partindo especialmente dos ensinamentos de Garapon, ele destaca que o comércio de juízes é uma expressão que melhor se adapta às duas facetas da mundialização do direito, que é simultaneamente a existência de uma rede de intercâmbios entre juízes e uma forma sólida de estabelecer a sociabilidade recíproca entre homens. Garapon salienta que essa troca de conhecimento teria por escopo inicial não a integridade de um sistema particular, mas sim apoiar a racionalidade de decisões singulares, conferindo uma fundamentação universalizada e não vinculativa, mas sim persuasiva, onde, além de uma garantia jurídica advinda de um manancial de ideias existentes na jurisprudência internacional, a fertilização

²⁹⁷⁶ Na sequência das citações abaixo: GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. p. 9 - 73 – 24 – 36 – 22 – 75.

recíproca atuaria igualmente na busca pela legitimidade.

Conforme expõe Garapon, o comércio entre juízes não tem se limitado ao campo interno estatal, pois a mundialização da justiça expande seus efeitos se tornado sensível às influências extraterritoriais, especialmente com relação ao direito humanitário internacional, conferindo poderes próprios aos sistemas internos, que não desaparecem em nome de uma ordem mundial. Haveria, nesse campo, além de um argumento de autoridade apto a embasar a decisão, também uma concepção de solidariedade transnacional entre juízes, destacadamente para combater determinados crimes hediondos em um chamado processo de competência universal.

Nessa perspectiva, a tecnologia poderia ser uma grande aliada não só ao comércio entre juízes, mas especialmente na formação de uma rede de governo planificada em nível mundial – *government networks* –, onde especialmente a Jurisdição, dissociada pontualmente da soberania estatal, avançaria as respectivas fronteiras para a formação de processos que pudessem combater situações encontradas em cada Estado, mas que gerassem reflexos planetários.

Sem embargo, se utilizarmos o exemplo do *e-government* da Estônia, onde a tecnologia está presente em todos os setores do Estado e as informações e os sistemas estão depositados em *cloud computing*, gerando um enorme conteúdo de *big data* e possibilitando a *analytics*, e imaginando que no futuro outros, senão a totalidade dos demais Estados também usarão sistemas tecnológicos semelhantes, os dados da Jurisdição poderiam ser cruzados em escala mundial, propiciando a construção de “decisões estruturantes²⁹⁷⁷” plurinacionais, não apenas atinente ao ordenamento jurídico interno, mas também de maneira universalizada.

Por exemplo, a partir da integralização dos sistemas – ou da possibilidade de analisar as informações mesmo em sistemas não integrados, mas abertos com

²⁹⁷⁷ PUGA, Mariela. *El litigio estructural*.

dados públicos – o cruzamento desses dados permitiria a identificação de empresas multinacionais potencialmente poluidoras em âmbito planetário, que por vezes se escondem por trás de pequenos e médios danos ambientais locais, aparentemente insignificantes, mas que, sistemática e repetidamente causados em diversas partes do globo terrestre ocasionam danos universais; da mesma forma, grandes corporações que exploram o trabalho infantil, ou outras organizações que atuam em escala mundial cometendo delitos transnacionais, como tráfico de armas, drogas e exploração sexual, poderiam ser identificadas e, quando possível, julgadas conjuntamente.

Garapon destaca que nesse comércio de juízes o pensamento alargado pode ser considerado um pensamento nômade, que caminha de lugar em lugar, de uma parte do mundo para outra. Se o comércio entre juízes seria um nômade a transitar pelo mundo, estaríamos tratando, a partir da integração tecnológica dos sistemas, de uma **Jurisdição pangeia**, sem barreiras oceânicas intransponíveis à disseminação da informação e do conhecimento jurídico?

Essa Jurisdição cosmopolita, unificadora dos Estados em um “continente tecnológico único”, permitiria a atuação de uma Jurisdição universal ao menos sob duas óticas: primeiramente, de maneira preventiva, de modo assemelhado ao desenhado pelos tribunais *on-line*, a partir do cruzamento de dados processuais e identificação de “agressores” aos direitos humanos, potenciais poluidores e criminosos, oportunizando, dessa forma, também a adoção de medidas acautelatórias mais universalizadas, especialmente com relação à sustentabilidade planetária – envolvendo, então, não apenas a prevenção, mas também o próprio desenvolvimento humano de modo adequado. Sob uma segunda ótica, essa Jurisdição permitiria a construção de “decisões estruturantes” em escala universal, para além não apenas da visão clássica do processo, mas também da própria soberania estatal, viabilizando, por exemplo, a participação concorrente de diversos Estados, incluindo os periféricos menos desenvolvidos, na construção de uma decisão única para a adoção de medidas conjuntas repressivas e reparadoras que possuem origem comum. Essas “decisões estruturantes” poderiam identificar essas

“pessoas” e/ou “fatos” que ocasionam repercussão em diversos Estados e os reunir para “julgamento estruturante simultâneo”, não apenas para resolver o problema ocasionado localmente, mas especialmente para enfrentar as consequências planetárias advindas deles.

A segunda reflexão apedêutica e despretensiosa tangencia a aplicação da inteligência artificial na construção da sentença jurisdicional, por meio da “IA forte”.

A inteligência artificial pode ser dividida em fraca e forte. À exceção pontual do juiz virtual estônio, que pode ser considerada, de certa forma, uma IA forte, ainda que momentaneamente sobre a decisão artificial haja posterior controle humano, todos os demais sistemas até então observados na Jurisdição podem ser considerados como de uso da inteligência artificial de maneira fraca, isto é, de modo acessório e auxiliar ao ser humano.

Mas no ritmo em que a tecnologia avança, não tardará a chegar o momento em que esse ciclo poderá se inverter. Talvez não com o ser humano sendo acessório de máquina, mas possivelmente com as máquinas efetivamente substituindo os seres humanos em diversas profissões – conforme destacado por Mercader Uguina.

Naquilo que interessa à Jurisdição, talvez a grande questão ética, para além das tradicionais debatidas, como, por exemplo, as apontadas por Rosa, Susskind, Einy e Katsh sobre os cuidados com a programação dos algoritmos e dos *softwares* responsáveis pela tomada de decisão jurídica, seja encontrar qual o limite tolerável pelo ser humano de matérias e competências aptas a julgamento por um ente artificial, e quais matérias de especial relevo devem permanecer sob a custódia humana, e não da máquina.

Ainda que em uma visão mais extremista²⁹⁷⁸, como a de Harari, a partir do

²⁹⁷⁸ Ainda que não se acredite ou não se deseje uma IA forte na Jurisdição, essa é uma ideia que não

momento em que a inteligência virtual evoluir e a máquina estiver dotada de tamanha capacidade de raciocínio que não seja mais possível a diferenciar de um cérebro humano – “singularidade” –, inclusive com plena capacidade de aprendizado, a tendência será que ela deixe de ser um mecanismo auxiliar e efetivamente substitua a atividade humana por completo. Poucas atividades humanas serão preservadas; grande parte delas tenderá a não mais existir. As que restarem, serão em praticamente a sua totalidade prestadas de maneira diferente de como hoje são desenvolvidas. Na Jurisdição não será diferente. O que resta nesse momento é tentar desvendar qual parcela da Jurisdição continuará sob o domínio humano.

Se no presente a grande dúvida sobre a reserva de Jurisdição consiste em definir qual órgão público será o responsável pela primeira ou última palavra jurídica decisória, em uma disputa da competência jurídica entre humanos, provavelmente em um futuro não muito distante o debate jurídico poderá ser travado para definição se a primeira ou a última palavra deverá ser dada por um “juiz robô” ou por um “juiz humano”.

Assim, ainda que a regulamentação da inteligência artificial não seja uma constante nos mais diversos Estados (existe uma posição afirmativa para a regulamentação na Europa – por meio do setor público –, outra intermediária nos Estados Unidos – por meio da autorregulação no setor privado – e outra absolutamente contrária na China – a regulação irá “frear a inovação”), talvez esse seja o momento para se iniciar um debate jurídico, moral e ético, que tende a ser bastante longo, sobre o estabelecimento de uma **reserva de Jurisdição humana**, resguardando o julgamento de bens jurídicos de especial relevância à inteligência natural, dotada de consciência e sensibilidade, distante da frieza de uma máquina – a resposta à indagação pode ser, inclusive, que a Jurisdição deve ser integralmente prestada por humanos, o que, de todo modo, não inibe a necessidade do início de um amplo debate.

pode ser descartada, pois o homem ainda não inventou a máquina do tempo para conferir a IA no futuro - ao menos não há notícia disso - e as bolas de cristal da antiguidade não conseguem prever o futuro com a exatidão necessária.

CONCLUSIONES

La presente Tesis tuvo como propósito el desarrollo de una Jurisdicción Plural, delante de la ampliación de órganos jurisdiccionales heterocompositivos del Estado, para además del Poder Judicial, capaces de proferir sentencias con carácter de definitividad y dotadas de los efectos de la cosa juzgada, por medio de una relectura del concepto tradicional de Jurisdicción y de una visión heterodoxa sobre la división de Poderes y la distribución orgánica de las funciones del Estado.

*Para tanto, el desarrollo de la pesquisa fue segmentado en **dos grandes partes**. La **primera gran parte** comportó un contenido descriptivo, sirviendo de soporte teórico a las propuestas registradas en la segunda gran parte. Ninguna de las consideraciones dispuestas en los cinco primeros capítulos contó con contenido inédito, los cuales abordaron temas diversos sobre Estado, derecho y Jurisdicción, en una especie de línea de tiempo, como, por ejemplo: la forma de resolución de conflictos desde la era pre histórica hasta el surgimiento del Estado moderno; elementos y características del Estado moderno, en sus etapas constitucionales liberal, social y democrática, inclusive trazando notas complementares sobre los Estados dictatoriales como el fascista, nazista y socialista; interlocución evolutiva de la Jurisdicción con las dimensiones del derecho y el caos jurisdicción vivenciado actualmente en gran parte de los Estados constitucionales democráticos occidentales.*

*La **segunda gran parte**, también compuesta por cinco capítulos, contó con proposiciones inéditas en todas ellas, sea por el carácter de innovación o mismo delante de una relectura sobre antiguas concepciones, conjuntamente expuestas de modo a confirmar la hipótesis inicial de ampliación de los órganos jurisdiccionales heterocompositivos del Estado. De modo general, en el capítulo seis fue expuesta la génesis de la Jurisdicción Plural, en una evolución sobre los sistemas de Jurisdicción una y dual actualmente conocidos en el mundo.*

En el capítulo siete fueron desarrolladas, a partir de una relectura de la

teoría de la separación de Poderes, una diferenciación, complementar y no sustitutiva, entre Poder político relevante y Poder burocrático, que permitió una nueva perspectiva sobre la organización burocrática orgánica del Estado, alterando la visión piramidal clásica para una visión orbital heterodoxa, transmutando la naturaleza de algunos órganos dependientes para independientes, notoriamente los Órganos Orbitales. Esa diferenciación también posibilitó la definición de una Jurisdicción burocrática para además de la tradicional Jurisdicción política desarrollada por el Judiciario en cuanto Poder político relevante del Estado.

En el octavo capítulo fueron expuestas dimensiones de la Jurisdicción y contenidos sobre reserva de Jurisdicción, que posibilitaron la identificación aproximada de un núcleo esencial y material de la función jurisdiccional y la definición de un concepto de reserva de Jurisdicción lato sensu, así como, a partir de esta, una subclasificación en reserva del Judiciario, reserva del Orbital y reserva residual de Jurisdicción.

El capítulo noveno trató de la independencia de los Órganos Orbitales, tanto con relación a la función jurisdiccional cuanto a la relación con la administración pública. En ese segundo punto, cuidó de demostrar la necesaria alteración principiológica de naturaleza jurídica de la decisión que antes era considerada administrativa y ahora pasó a ser jurisdiccional dejando de estar ubicada en la esfera del gobierno atendiendo al interés público general, pasando a situarse en la esfera de la garantía del derecho individual. También en ese capítulo fue desarrollada un cuadro comparativo entre tribunales de excepción y Órganos Orbitales, mostrando características puntuales para cada uno de ellos por medio de una evaluación histórica.

El décimo capítulo presentó instrumentos de coparticipación entre la Jurisdicción del Judiciario y la de los Órganos Orbitales, adaptando el instituto del reenvío prejudicial a la Jurisdicción Plural, y también indicó como las diversas tecnologías existentes, especialmente la inteligencia artificial, podrán construir una nueva concepción para la Jurisdicción del siglo XXI.

De forma pormenorizada, la segunda gran parte de la presente pesquisa principió, en el **CAPÍTULO SEIS**, exponiendo el **concepto operacional polisémico de la categoría Jurisdicción**. Conceptuar la Jurisdicción es una tarea compleja que exige la observación amplia del período histórico, jurídico y político, no sólo del Estado sino de la propia evolución humana, y difícilmente se obtiene una definición que se encuadre en todos los ordenamientos jurídicos existentes. Frente a la dificultad para sedimentación de un concepto definitivo, el primer tópico del capítulo se limitó a trazar notas distintivas para la respectiva categoría, concluyendo que el demasiado apego a la teoría podría distorsionar la realidad: en ese contexto, será, entonces, una actividad jurisdiccional, tutelada bajo el imperativo del monopolio estatal. La desarrollada por los órganos autorizados por la constitución.

En seguida, fueron abordadas las **tradiciones jurídicas** y los **modelos jurisdiccionales** existentes, como los sistemas de la **civil law**, **common law** y **derechos socialistas**, y los modelos de **Jurisdicción una** y **Jurisdicción dual**. En la secuencia, el tercer tópico del capítulo trató de los **procedimientos administrativos**, para una reflexión de como es ineficiente y costoso, tanto al Estado cuanto al particular, enfrentar procedimientos “administrativos” que poco o nada auxilian la resolución del conflicto jurídico, notoriamente en los Estados de tradición romano-germánica y adoptantes del modelo de la civil law que permiten, en regla, una amplia revisión judicial de esas decisiones. Fueron cinco los modelos administrativos expuestos: Estados Unidos; Reino Unido; Estados de la Europa occidental; Unión Europea y residual – en este último estaría inserido el Brasil. En la secuencia, fue dispuesto el **ejemplo organizacional de la common law inglesa**, cuya organización judicial está dibujada para la prestación de un servicio jurisdiccional de forma bastante amplia y relativamente informal por medio de órganos administrativos o de jueces laicos y de paz, inclusive en materias jurídicas normalmente reservadas al juez ordinario, como penal, familia, infantes y adolescente, notoriamente en la “baja justicia”.

Hechas esas consideraciones preliminares, el quinto tópico del capítulo seis detalló la idea del **origen de la Jurisdicción Plural**, en una conceptualización para

además de los dos modelos actualmente reconocidos en la doctrina mundial consistentes en la Jurisdicción una y Jurisdicción dual. Mientras en la Jurisdicción una la primera o la última palabra sobre el derecho a ser aplicado como forma de resolución del litigio pertenece al Poder Judicial, en la Jurisdicción dual los conflictos jurídicos donde el Estado está involucrado son enfrentados por órganos jurisdiccionales ajenos a la estructura del Judiciario; en esa modalidad de Jurisdicción, obligatoriamente el Estado tiene que estar al menos en uno de los polos de la demanda – puede estar en ambos, como ocurre en la disputa jurídica entre dos órganos públicos (*intraneus vs. intraneus*). Pero en la Jurisdicción dual todos los conflictos involucrados solamente particulares (*extraneus*) serán obligatoriamente dirimidos por el Poder Judicial, no siendo la “justicia administrativa” competente para tanto. En la Jurisdicción Plural, por su vez, los órganos públicos para además del Poder Judicial también serían competentes para dirimir conflictos entre particulares (*extraneus vs. extraneus*).

El origen de la Jurisdicción Plural está, preliminarmente, en la utilización de órganos públicos que también ejercen deliberación jurídica, sino ociosos, con la capacidad productiva disminuida o inutilizada. En general, esos órganos públicos están ubicados en los meandros de la administración pública, y son responsables, además de otras atribuciones, por el juicio de procesos administrativos, sin, con todo, que sus decisiones estén abarcadas por los efectos de la *res judicata*. Por eso, son despreciadas cuando descontentan una de las partes, posibilitando la revisión de ellas por el Judiciario, en un evidente gasto de dinero público y desprestigio del enorme conocimiento interdisciplinar en ellos existente.

Esos órganos públicos, a partir de la implementación de determinadas características, como la efectiva independencia, y observados determinados límites de competencia, como las materias jurídicas de mayor importancia reservadas al Poder Judicial, podrían tornarse “Órganos Orbitales” de la Jurisdicción Plural, transmutando la característica de órgano de ejercicio de función administrativa para órgano verdaderamente de ejercicio de función jurisdiccional, ocasión en que carecería de utilidad, y hasta mismo racionalidad, el mantenimiento de un sistema

jurisdiccional en que el mismo Estado analizase por más de una vez la misma cuestión jurídica a él sometida.

Esos “Órganos Orbitales”, entonces, serían el origen de la Jurisdicción Plural, con el aprovechamiento de las estructuras administrativas “subutilizadas” actualmente existentes en el Estado en la efectiva función jurisdiccional, buscando una racionalidad para la costosa, y hasta entonces ineficiente, Jurisdicción monopolizada – sin perjuicio, por cierto, de la creación de otros órganos públicos eventualmente necesarios al ejercicio de la Jurisdicción Plural burocrática.

El capítulo encerró abordando el fascinante Tribunal de las Aguas de Valencia, consistente en una corte jurisdiccional que existe en España hace más de mil años – institución jurídica más antigua de Europa y patrimonio cultural inmaterial de la humanidad (UNESCO/2009). El Tribunal de las Aguas, además de ser una corte consuetudinaria, igualmente observa el derecho consuetudinario. Los jueces no necesariamente precisan tener formación jurídica, bastando conocer el funcionamiento práctico del sistema local. El Tribunal es compuesto por ocho miembros, denominados de síndicos, elegidos por los propios agricultores que se benefician del agua para el plantío.

El objeto jurídico determinante de la competencia del Tribunal es el agua, bien indisponible y de suma importancia económica en la región orientada a la agricultura. No abarca la competencia penal, pero alcanza cualquier uno que se beneficie del uso del agua, incluyendo empresas, órganos públicos o terceros, que, por ejemplo, tengan causado daño, o en las aguas interfiera, generando polución, obstrucción, entre otros, y hasta mismo demandas laborales.

El proceso en el Tribunal es bastante rápido; los costos son bajos; no requiere representación por abogado; predomina la oralidad, de modo que ningún acto procesal es formulado por escrito. La sentencia también es proferida oralmente por el presidente del tribunal, de modo bastante objetivo, en regla acompañada de sanciones pecuniarias al derrotado, pero puede igualmente condenarlo en

obligaciones de pago, de hacer o no hacer.

Si la sentencia no fuera cumplida espontáneamente, el Tribunal puede cortar el abastecimiento de agua del no pagador, inclusive requiriendo fuerza policial; si la medida consistir en otras más severas e invasivas, como la expropiación de bienes, el Tribunal precisa se auxiliar del poder estatal. Las decisiones del Tribunal de las Aguas no son sometidas la revisión por el Poder Judicial, pero tan solamente al control social de aquella localidad. El milenario Tribunal de las Aguas de Valencia es un refuerzo argumentativo sobre la posibilidad de la coexistencia de órganos jurisdiccionales ajenos a la estructura del Poder Judicial, inclusive en el ámbito ad extra del Estado.

*El **CAPÍTULO SIETE**, que trata de la Jurisdicción Plural en un análisis bajo la óptica de la separación de Poderes, inició trazando elementos caracterizadores del **Poder político estatal**, para enseguida realizar una descripción destacada sobre los **marcos históricos** sobre las teorías de separación de los Poderes políticos del Estado, desde la antigüedad hasta las constituciones modernas. Principió con la exposición de los pensamientos de **Platón**, pasó por **Aristóteles, Maquiavel, Locke** y destacadamente **Montesquieu**, así como sobre el contexto general de la primera constitución de los **Estados Unidos** y de **Francia**, también en el siglo XVIII, y la interpretación de la teoría montesquiana por cada uno de esos dos Estados. Contemporáneamente, procuró exponer las concepciones de **Hans Kelsen, José Joaquim Gomes Canotilho, Eros Grau, Reinhold Zippelius, Peter Häberle** y **Luigi Ferrajoli**, sin perjuicio de otros doctrinadores igualmente importantes, como, por ejemplo, Dallari y Rangel, todos ellos trayendo un abordaje actualizado sobre la interpretación hodierna sobre la separación de los Poderes políticos del Estado.*

A partir de las notas generales sobre los diversos autores citados, fueron extraídas las principales ideas y sistematizadas de modo a permitir el desarrollo de una relectura sobre la teoría de la separación de Poderes del Estado, no en sustitución de las existentes, pero tan sólo de modo complementar, notoriamente en

una división entre el **Poder político y Poder burocrático del Estado**, de modo que se pueda viabilizar el ejercicio de una Jurisdicción Plural adecuada a la teoría del Estado – sin desnaturalizar las ideas esenciales traídas por cada uno de ellos, pero adaptadas a la presente pesquisa.

De forma sintética, se extrae del contenido del capítulo siete: **a)** el sistema estatal de control entre los Poderes es compuesto por microsistemas que se complementan en la busca del equilibrio – Zippelius. O, en la visión de Canotilho, el sistema estaría comprendido en un ordenamiento controlante-cooperante de funciones, donde lo que realmente importa no es exactamente saber si el acto es ejecutivo, legislativo o jurisdiccional, pero sí si esos actos pueden ser hechos de forma legítima; **b)** El núcleo material de las funciones del Estado es el nuevo nombre de la separación de Poderes políticos relevantes del Estado contemporáneo – Rangel; **c)** el Poder político relevante del Estado, de competencia funcional exclusiva de los Poderes orgánicamente divididos en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, coexiste con el “Poder burocrático” estatal, etiquetado en regla bajo la denominación de “administración pública” – Kelsen, Zippelius, Häberle, Ferrajoli y gran parte de la doctrina; **d)** el Poder político relevante del Estado, separado materialmente en funciones ejecutiva, legislativa y jurisdiccional, posee un núcleo indelegable, cuyo ejercicio es de la competencia exclusiva de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial – Kelsen, Grau, Canotilho y Rangel; **e)** lo que no estuviera inserido en el núcleo fundamental material de cada función de Poder político del Estado puede hacer parte del Poder burocrático y ser ejercitado también por los órganos administrativos – Grau abordó detalladamente la “función normativa de conjuntura”; **f)** los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en cuanto órganos supremos, por encontrar fuente de legitimación distinta y poseer finalidades típicas de “gobierno” (esfera de lo decidible), no pueden ejercer función de “garantía” propia de los órganos públicos responsables por la concreción sustancial de los derechos y garantías fundamentales (esfera de lo indecidible); o sea, no pueden ejercer funciones jurisdiccionales – Ferrajoli; **g)** además de los órganos “supremos” y de otros órganos “administrativos dependientes”, hay en el Estado Órganos Orbitales, constituidos por “instancias independientes” y “órganos administrativos burocráticos independientes”,

ninguno de ellos sometido al “Ejecutivo”, pero sí al Poder judicial del Estado instituido por el ordenamiento jurídico, los cuales ejercen funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales en la condición de Poder burocrático del Estado – Kelsen, Häberle y Ferrajoli; **h)** Los denominados Órganos Orbitales, cuando ejercen funciones “jurisdiccionales”, compone el cuadro de los órganos públicos de “garantía” – Ferrajoli; su límite de actuación es la Jurisdicción no ejercida de modo exclusivo por el Poder Judicial – Jurisdicción burocrática, a partir de una constatación del núcleo esencial y material e la función de Poder político relevante.

Esa sistematización proporcionó el cambio de la **visión piramidal-escalonada** para una **visión orbital-adeuada** de los órganos públicos estatales.

La **visión piramidal** sobre los órganos estatales obedece, de cierta forma, una visión kelseniana sobre las estructuras del Estado. En esa jerarquía escalonada, tendríamos, dentro de una pirámide imaginaria, obligatoriamente un órgano inferior dependiente de otro superior, todos los segmentados por la línea divisoria de las tres funciones del Poder, hasta llegar al órgano supremo de cada una de las funciones, consistentes en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De acuerdo con la concepción del Estado moderno, prácticamente la totalidad de los órganos públicos burocráticos estaría inserida abajo del Poder Ejecutivo, de forma dependiente a este órgano supremo de Poder político.

En la **visión orbital** (donde la pirámide imaginaria sería sustituida por una imagen semejante al sistema solar), diferentemente, la actuación del órgano público no ocurre por medio de subordinación, pero sí a partir de la adecuación de la competencia dispuesta en el ordenamiento jurídico. El Poder del Estado está en el centro del sistema, y no en el ápice de la pirámide. El sistema sería constituido por subsistemas, cuya repartimiento y coordinación ordenada de las competencias estatales serían dimensionadas por la constitución del Estado, y los órganos instruidos por procedimientos cooperativos en una distribución de funciones orgánicamente adecuadas, en el ejercicio de tareas públicas de modo desconcentrado, en una ordenación controlante-cooperante de funciones

sedimentadas por un criterio de “justeza” funcional – Canotilho.

En el primer subsistema, o en la primera órbita, estarían los órganos de Poder del Estado, detentores y responsables por el ejercicio del Poder político relevante, en las funciones de gobierno, garantía y jurídica, así como de la dirección política general del sistema político global del Estado – frenos y contrapesos. En la segunda órbita aparecerían las instancias independientes, en una especie de órbita neutra entre el Poder político y el Poder burocrático. A partir de la tercera órbita estarían colocados los otros innúmeros órganos denominados “dependientes” ubicados en el Poder burocrático del Estado. Cuanto más distante la órbita, menor la importancia del órgano en la actividad estatal.

*La adecuación de los órganos “dependientes” del Estado a partir de la visión orbital traería una mejor comprensión de la **legitimidad político-jurídica** de la actuación funcional de los Órganos Orbitales del Estado, permitiendo, con eso, el ejercicio igualmente legítimo de los Órganos Orbitales en la **función jurisdiccional burocrática**.*

*Los desafíos presentados por esa nueva visión tridimensional-orbital- adecuada para la implementación de la función jurisdiccional en los Órganos Orbitales fueron enfrentados bajo tres ópticas distintas: **límite**, **independencia** e **integración**, uno necesariamente componiendo el otro como forma de viabilizar, sinérgicamente y de forma segura, la Jurisdicción para más allá del Poder Judicial.*

*El primer punto fue abordado en el **OCTAVO CAPÍTULO**, que procuró definir el contenido del **núcleo material de la función jurisdiccional** por medio de la conjugación de los **escopos de la Jurisdicción** con las **reservas de Jurisdicción** como forma de encontrar un **límite** para la actuación del Órgano Orbital. El capítulo principió dividiendo la Jurisdicción en tres **dimensiones**: **política**, **jurídica** y **social** – todas orientadas para la finalidad de la Jurisdicción.*

En razón de la inexistencia de fronteras definidas entre la política y el

derecho en el Estado constitucional, las dos primeras fueron relatadas conjuntamente, formando la **dimensión político-jurídica**, cuyo contenido es, esencialmente, con relación al enfoque político, mantener el equilibrio y la separación de Poderes del Estado, garantizar las libertades públicas negativas y la participación de la sociedad en la vida política del Estado, en sentido amplio, por medio de acciones colectivas, judicialización de la política, inclusive en actuación contra mayoritaria, pero principalmente en las elecciones democráticas. En su enfoque jurídico, la gran finalidad sería el mantenimiento de la integridad del derecho por el Poder Judicial en cuanto intérprete final del ordenamiento jurídico.

Así, en líneas generales, en el tiempo en que en las primeras facetas de la dimensión político-jurídica de la Jurisdicción la finalidad sería resguardar la democracia, la constitución, el Estado constitucional y el equilibrio entre los Poderes, en esa última faceta, orientada más para la dimensión jurídica de la Jurisdicción, el objetivo es asegurar el mantenimiento y el equilibrio del ordenamiento jurídico, por medio de un función “nomotética” de control hermenéutico, pudiendo desempeñar el intérprete una actuación creativa, delante de la dotación de sentido para cláusulas abiertas y realización de elecciones jurídicas disponibles.

La **dimensión social**, por su vez, tendría la misión de organizar convenientemente la vida en sociedad generando la paz social por medio de la aplicación del derecho en los pronunciamientos jurisdiccionales, siendo justamente ese su escopo: la pacificación social como forma de garantía de derechos a los ciudadanos y como instrumento para la resolución de conflictos jurídicos de la comunidad, de forma residual a lo que se observa en las dimensiones política y jurídica. Así, la dimensión social no toca directamente la preservación de la democracia, la participación del particular en la formación de la voluntad política del Estado, el equilibrio entre los Poderes, la manifestación de la soberanía, la creación del derecho o el mantenimiento del ordenamiento jurídico, incluyendo en él la constitución, pero sí precipuamente actúa como medio para resolver el conflicto jurídico dentro del proceso.

Definidas las dimensiones de la Jurisdicción, las enseñanzas lusitanas sobre la **reserva de Jurisdicción** consistieron en el segundo parámetro par la tentativa de encontrar un núcleo para la función jurisdiccional. Por medio del análisis de la jurisprudencia portuguesa, y especialmente de la doctrina de Canotilho y Rangel, fueron registradas dos clasificaciones. La primera, de Canotilho, indicando que el monopolio de la última palabra estaría relacionado a los “tribunales”, mientras el monopolio de la primera palabra a los “jueces” – reserva de tribunal y reserva de juez. La reserva de tribunal, o de la “vía judicial”, consentiría el análisis de la situación jurídica previamente por otros órganos, incluyendo aquellos administrativos, desde que se resguardase la posibilidad de acceso posterior a los tribunales. La reserva de juez no permitiría, de ninguna forma, el análisis jurídico por otros órganos estatales, en una reserva total de Jurisdicción a los “jueces”, no admitiéndose el pronunciamiento jurídico de otra autoridad que no la judicial. La segunda proveniente de Rangel, que es semejante a la de Canotilho, pero más diversificada, clasifica la reserva de Jurisdicción en “reserva absoluta” (juez), subdimensionando en “especificada” o “no especificada”, y “reserva relativa” (tribunal), pudiendo ser “integral” o “parcial”.

Definidas las tres dimensiones de la Jurisdicción y expuestos los criterios para la observación de la reserva de Jurisdicción, a partir de la conjugación de ambos fue posible identificar, de modo aproximado – o al menos propuesto un contenido esencial – del núcleo material de la función jurisdiccional del Estado, separando aquello que sería actividad exclusiva del Poder Judicial de aquello que estaría fuera del núcleo de la función y podría ser ejercido burocráticamente por los Órganos Orbitales, o sea, constituyendo una **“reserva del Judiciario”** dentro de la **“reserva de Jurisdicción”** del Estado.

Así, de modo aproximado, se constató que el núcleo de la función jurisdiccional comporta integralmente, de modo **principiológico**, el contenido de las dimensiones política y jurídica, y, de modo **axiológico**, parte del contenido de la dimensión social, notoriamente en las competencias que normalmente se incluyen en el criterio de la “primera palabra” (reserva del juez – reserva absoluta).

En líneas generales, el criterio principiológico estaría relacionado a los ideales objetivados con la formación del Estado moderno aún en la edad media, conjugados con los fundamentos que rigen la separación entre los Poderes políticos del Estado, entre ellos las libertades públicas. El criterio axiológico estaría vinculado a los valores característicos de cada sociedad y Estado en determinado tiempo y espacio, incluyendo la acepción positiva de la separación de Poderes consistente en el desarrollo de los derechos fundamentales.

De esa forma, temas como la palabra final sobre la interpretación del derecho, la participación democrática de la comunidad en el Estado, el derecho político de votar y ser votado, la garantía de las libertades públicas y el control de los actos de Poder político relevantes de Ejecutivo y Legislativo estarían inseridos de forma indeleble en el núcleo de la función jurisdiccional del Estado, como consecuencia principiológica a partir de los motivos determinantes para la existencia del Estado constitucional y para la separación y control de Poderes políticos del Estado de modo de garantizar las libertades públicas.

Están resguardadas en ese núcleo también las libertades contemporáneas, y no solamente las libertades modernas; por cierto, mucho cambió, en ese campo, desde el siglo XVIII, como es el caso, por ejemplo, de los datos personales obtenidos libremente en la internet por medio del big data.

En ese sentido, es importante hacer una diferenciación con relación al núcleo de la función jurisdiccional y el escopo final de todo proceso que es la sentencia. La interpretación definitiva sobre lo que es el derecho estaría seguramente inserida en el núcleo material de la función de modo principiológico, pues esa actividad se aproximaría de la naturaleza político-jurídica del control de la legislación o de la conformación jurídica de determinadas situaciones delante de un análisis complejo entre las fuentes del derecho, cuya norma, a partir de entonces, tendría vinculación y efectos erga omnes. Pero eso no permite, desde luego y de forma automática, la unidad y la exclusividad de la Jurisdicción por completo al Judiciario.

Así, por ejemplo, en el caso brasileño, de modo principiológico el Poder Judicial detendría, de cualquier forma, la prerrogativa exclusiva de interpretar el derecho abstracto de modo definitivo y con efectos erga omnes – monopolio de la primera palabra; por presupuesto axiológico, detiene el monopolio de la competencia para aplicar el derecho interpretado de modo definitivo a todos los casos concretos, pronunciando la última palabra, teniendo en cuenta que expresamente la constitución así definió (XXXV, art. 5º). El primero cuida de la prerrogativa de controlar el ordenamiento jurídico; el segundo simplemente de decidir el caso concreto.

En otro norte, las reservas absolutas implícitas o no especificadas en el campo axiológico tendrían gran volatilidad delante del valor adoptado por cada Estado, por eso de difícil definición abstracta, entrando en una “zona gris”, pero seguirían la tangente los derechos fundamentales.

Esa “zona gris” es bastante amplia, y está ubicada entre el núcleo material y la parcela disponible de la función jurisdiccional. Para intentar estrechar esa zona gris, se recorrió, inicialmente, en un comparativo, a las competencias permitidas al juicio arbitral, encontrando, en ese campo, los derechos patrimoniales disponibles. También fueron abordados, en complemento, el Tribunal de las Aguas de Valencia y el tribunal “administrativo” canadiense Civil Resolution Tribunal – CRT, ambos órganos efectivamente jurisdiccionales ajenos a la estructura del Poder Judicial. Así, a partir de las premisas trazadas fue posible identificar los dos extremos, los temas jurídicos más relevantes, que están en el núcleo, y las materias ordinarias, más alejadas del núcleo material de la función jurisdiccional, aptas al ejercicio de la Jurisdicción burocrática, disminuyendo significativamente la “zona gris”.

*De esa forma, al menos en líneas generales, fue posible distinguir, de modo aproximado, el núcleo de la función jurisdiccional, consistente en el **Poder político**, y el residual, alcanzable al **Poder burocrático**. Con eso, se propone la siguiente distinción dentro de la reserva de Jurisdicción lato sensu: **reserva del***

Judiciario; reserva del Orbital; reserva residual de Jurisdicción.

Al Poder Judicial cabría la integralidad de la reserva del Judicial, consistente en el núcleo material de la función, pero no la totalidad de la reserva de Jurisdicción lato sensu. Por lo tanto, en aquello que fue denominado como residual, habría la necesidad de excluirse la competencia de los Órganos Orbitales para dirimir cuestiones jurídicas de forma definitiva e inmunizada sin la intervención del Poder Judicial. Excluida la competencia del Orbital, la reserva residual de Jurisdicción también sería del Poder Judicial.

La reserva del Orbital necesariamente será expresa -no hay “zona gris” ni reserva implícita o no especificada. Los criterios de la primera palabra o de la reserva absoluta no tendrían cabimiento en la reserva del Orbital. Por no cuidar de Poder político, pero sí de Poder burocrático, habría siempre la posibilidad de otros órganos no jurisdiccionales se manifestaron previamente a respecto de la cuestión – no habría sentido en mantener dos órganos subalternos para tratar del mismo tema jurídico dentro de la estructura estatal; no sería, inclusive, recomendado o deseado, pero, teórica y técnicamente, no habría vedamiento.

Por fin, otros dos puntos merecen destaque dentro del capítulo: primero que, a pesar de no haber control del mérito por el Judicial, la actividad en los Orbitales sufre fiscalización como cualquier otro órgano público, y sus sentencias pueden ser impugnadas por mecanismos autónomos, como ocurren con las sentencias de los jueces integrantes del Poder Judicial. De esa forma, incluyendo el sistema de apelación, el Judicial podría ser accionado por medio de acción declaratoria de inexistencia y nulidad del acto jurídico, mismo después del tránsito en juzgado, o acciones constitucionales como mandato de seguridad y habeas corpus, en fin, mecanismos jurídicos que son utilizados para impugnar actos jurisdiccionales de jueces para más allá de los recursos ordinarios.

Segundo, no se pretende con esa distinción de reservas jurisdiccionales crear una justicia de categoría inferior; al contrario, se cuida solo de una adaptación

de la estructura estatal arcaica a las necesidades de la sociedad del siglo XXI, ampliando el acceso al sistema de Justicia como un todo. Seguramente hay riesgos en esa ampliación y en la designación de la competencia jurisdiccional para órganos ajenos al Judiciario, conforme expuesto en el informe del Proyecto de Florencia, pero especialmente la independencia del juzgador y el debido proceso legal están absolutamente resguardados dentro de la propuesta – sin olvidar que mucha cosa cambió de allá para acá, inclusive la transparencia en la actuación pública.

Definido en el capítulo ocho el **límite** de la actuación jurisdiccional del Órgano Orbital, aunque de modo aproximado respecto del núcleo esencial de la función, el **CAPÍTULO NUEVE** trató de la **independencia** para el ejercicio de la función jurisdiccional. La posición de independencia del juzgador es posiblemente lo que torna la Jurisdicción una exclusividad del juez; otros atributos, como conocimiento jurídico, debido proceso legal e imparcialidad pueden ser igualmente encontrados en las demás profesiones aptas para proferir decisión jurídica en sociedad, pero ni siempre ese conjunto de factores es capaz de proporcionar una independencia al juzgador.

La independencia del Órgano Orbital fue enfrentada bajo dos perspectivas: **jurídica** e **histórica**.

Respecto de la primera, **jurídica**, ella fue dividida en independencia **funcional para el ejercicio de la Jurisdicción** e independencia **material con relación a la administración pública**. Con relación a la **independencia funcional**, considerando tratarse efectivamente de ejercicio de función jurisdiccional, las garantías elementales disponibles para los jueces en cada ordenamiento jurídico deberían ser extendidas a los juzgadores orbitales; en el Brasil, por ejemplo, la inamovilidad, la irreductibilidad de subsidios y la vitalidad serían garantías también existentes en los Orbitales, y el control administrativo y disciplinar de las funciones sería ejercido por auditorías del Poder Judicial, y no de los órganos “administrativos”. En otro turno, los juzgadores también observarían los deberes y limitaciones impuestas a los jueces, que van desde las más generales, como prohibición de

filiación y ejercicio de actividad político-partidaria, hasta las específicas ubicadas en el plano procesal, bajo la égida de las sospechas e impedimentos.

De esa forma, respecto de la independencia, acompañando la jurisprudencia del TEDH y de la CIDH, sería posible calificar un órgano administrativo como “tribunal”, en la verdadera acepción del término, a partir del momento que a él fuesen conferidas determinadas características y especiales garantías, o sea, en otras palabras, no habría óbice para el Órgano Orbital desarrollar la función jurisdiccional de forma independiente.

*En el segundo punto, la independencia funcional arriba descrita fue agregada a la **independencia material** con relación a la administración pública, que emerge bajo dos aspectos: el primero de ellos es debido al desprendimiento de la posición de los Órganos Orbitales de la jerarquía administrativa del Poder Ejecutivo. Con la adecuación, los órganos anteriormente denominados como “dependientes” pasan a ser “independientes”, saliendo de la esfera del “gobierno” para ubicarse en la esfera de la “garantía”, obedeciendo únicamente al ordenamiento jurídico, y no más al dirigismo y la coordinación proveniente de la cúpula del Poder Ejecutivo. El segundo aspecto de la independencia del Órgano Orbital con relación a la administración es la imparcialidad bajo la óptica de la finalidad de la decisión y el modo de su construcción.*

Conforme se destacó, cuando los órganos de la administración están ubicados de forma jerarquizada en la esfera del gobierno, el dirigismo superior es de observancia obligatoria, notoriamente en aquella interpretación de la ley a ser aplicada al caso concreto y orientada para el interés general público o del órgano – interés primario y secundario. Delante de eso, el final del caso concreto es vinculado a un interés ajeno al proceso, y no al interés individual de resolución de la situación jurídica sometida al agente administrativo o mismo de cumplimiento de derechos en la función de garantía.

Al abandonar la esfera del gobierno para adentrar en la esfera de

garantía, el juzgador orbital pasa a desarrollar la función jurisdiccional. La supremacía del interés público, consistente en un importantísimo principio que debe ser respetado en la esfera gubernamental, no puede ser aplicado en la esfera de garantía en perjuicio al derecho individual. De esa forma, la decisión jurídica tiene, por consecuencia, una alteración principiológica, de manera como el conflicto jurídico debe ser visto y la decisión construida. Igualmente, se observa la misma alteración con relación a la interpretación de la ley, que deja de ser dirigida por los superiores jerárquicos, orientada para la finalidad del interés público, primario o secundario, pasando a tener interpretación independiente por el propio juzgador, direccionada al interés individual de aquel caso concreto, como debe ser la Jurisdicción en un Estado constitucional democrático.

En esa relación, el proceso que antes era considerado administrativo y ahora es reconocido como jurisdiccional abandona la óptica bilateral, cuando el Estado inmiscuía la función de juzgador con la de parte, y pasa a ser observado bajo una óptica trilateral, donde hay en el proceso dos partes y un tercero independiente de ellas, consistente en el juzgador orbital.

Así, la independencia exigida del juzgador es verificada también a partir del momento en que el acto administrativo se cambia en sentencia, perdiendo el carácter meramente prescriptivo, típico de las providencias administrativas, adoptando un carácter teórico, exigiendo fundamentación “de hecho y de derecho”, como condición de toda providencia jurisdiccional lastrado en normas jurídicas específicas orientadas para la esfera de las garantías.

*En la perspectiva **histórica** fue posible observar, primeramente, la evolución del principio de la unidad de la Jurisdicción y los motivos por los cuales el Estado concentró la función jurisdiccional en un único órgano Judicial, constatándose que, no obstante en regla los órganos administrativos jurisdiccionales ajenos al Poder Judicial estar pautados bajo la égida de tribunales de excepción, en algunas oportunidades habían órganos jurisdiccionales legítimos para además del Judicial, cuyas conclusiones de la estructura estatal se dieron por conveniencia*

organizacional del sistema que funcionaba de forma descontrolada como un verdadero magma bajo un enfoque analógico en una sociedad agraria – ubicado sustancialmente diferente de la actual sociedad post moderna tecnológica.

Frente a esa perspectiva histórica, fueron identificadas características de tribunales de excepción y confrontadas con las características deseadas en un Órgano Orbital, entablando un cuadro sinóptico y discurrendo, a partir de los elementos en él inseridos, un comparativo. Seguir las diferenciaciones trazadas puede significar un camino relativamente seguro para seguir el camino inverso de la unificación de la Jurisdicción, permitiendo ahora una pluralización necesaria al enfrentamiento de las demandas de la sociedad del siglo XXI, para viabilizar que la Jurisdicción Plural sea ejercida con imparcialidad e independencia en los Órganos Orbitales, sin desgarrarse de todas las conquistas civilizatorias hoy disponibles para el ciudadano por medio de la Jurisdicción.

*Mientras el capítulo ocho cuidó del límite de actuación y el capítulo nueve de la independencia del Órgano Orbital, el **CAPÍTULO DIEZ** trató de exponer la **integración** entre los órganos de la Jurisdicción Plural.*

Pensar en una Jurisdicción para el Estado del siglo XXI impone necesariamente el abandono de antiguos dogmas. La ampliación de los órganos jurisdiccionales para además del Poder Judicial consiste, seguramente, en un desapego de la visión tradicional de la organización funcional jurisdiccional, pero esa mutación, por sí sólo, no sería suficiente para las exigencias de nuevos tiempos. Aceptar, así, la existencia de órganos jurisdiccionales para además del Poder Judicial tal vez sea la barrera con menor grado de dificultad a ser superada frente a los anhelos de la actual sociedad post moderna.

*Es por eso que, más allá de esa relectura contemporánea sobre la clásica organización estatal para el ejercicio de la función jurisdiccional, la presente pesquisa trató de entablar mecanismos de integración **humanos** y **cibernéticos** para el efectivo desarrollo de una Jurisdicción Plural.*

*La integración por mecanismos humanos fue elaborada con base en el instituto de **reenvío perjudicial**, existente en el derecho de la Unión Europea, adaptando al ejercicio de la Jurisdicción Plural, notoriamente para el enfrentamiento de los hard cases por los Órganos Orbitales y para la composición de las lagunas eventualmente existentes en el sistema, notoriamente delante de la reserva del Judiciario, posibilitando, además de eso, la emersión de una sentencia multicéntrica, para además de aquello ordinariamente observado en la decisión administrativa o judicial, cuando, entonces, ella sería construida con la participación de autor, reo, juzgador orbital y juez.*

El reenvío perjudicial, que de ninguna forma podría ser vislumbrado como un mecanismo de fiscalización, pero sí de coparticipación e integración, fundado en una modalidad de ejercicio de la Jurisdicción orientada para el siglo XXI, muy lejos de aquella concepción formalista observada desde la sedimentación del Estado constitucional del siglo XVIII, actuaría bajo importantes vertientes:

Primeramente, el reenvío perjudicial serviría como mecanismo auxiliar de consulta disponible para los juzgadores y partes para dirimir relevante y determinante duda sobre el derecho, material o procedimental, que pueda interferir en el final de la causa – y ¿por qué no también con relación a la eventual evaluación fáctica compleja?

La segunda vertiente estaría sedimentada en el hecho del controle de la interpretación definitiva sobre el derecho estatal continuar a cargo del Poder Judicial, de forma idéntica al que ocurre en el derecho de la Unión Europea con relación con su Tribunal de Justicia, sin que eso obste la actividad en los Órganos Orbitales y, al mismo tiempo y por reflejo, genere estabilidad al sistema.

La tercera vertiente derivaría a partir de la conjugación de los dos puntos arriba destacados, y consistiría en la seguridad jurídica, igualmente bajo dos aspectos: el primero, conforme atentamente abordado, sería que la interpretación y coherencia del derecho continuaría siendo mantenida por el Poder Judicial;

cláusulas abiertas y el control de constitucionalidad, sumados a cualesquiera otras dudas eventualmente existentes en el caso concreto sobre el derecho en tesis, podrían ser dirimidas por medio de la consulta, efectuada por el juzgador y por las partes. El segundo, y bastante relevante, sería la agilidad y el mantenimiento de los pronunciamientos jurídicos hoy considerados “administrativos” al estar dotados de los efectos de la cosa juzgada, pero no sin contar con la participación del Judiciario en la formación de decisión, cuando necesario.

Eso aumentaría la seguridad jurídica, generaría agilidad procesal y principalmente economía para los cofres públicos al posibilitar la integración jurisdiccional en el transcurrir del proceso jurisdiccional en tramitación en el Órgano Orbital, y no solamente después de haber sido encerrado por completo – cuando normalmente ocurre cuando el Poder Judicial detiene la última palabra. Se evitaría lo que hoy ocurre con la decisión que es considerada administrativa: el control (decisión administrativa), del control (revisión administrativa), del control (juez), del control (tribunal), y sobre esos controles, eventual otro control por medio de recursos a los tribunales superiores, todo eso en una Jurisdicción que sería competente para analizar bienes jurídicos “disponibles” – considerando que los principales bienes estarían a los cuidados de la reserva del Judiciario –, y muchas veces la palabra final después de agotados todos los recursos sirvió sólo para confirmar aquella primera decisión, ocasionando el reconocimiento de una cuarta vertiente, que consistiría en la economía que la Jurisdicción Plural debidamente sistematizada podría conferir a los cofres públicos evitando la repetición de procedimientos desnecesarios.

La quinta vertiente emergería en la utilización del reenvío perjudicial como factor de multiplicación de la independencia e imparcialidad del juzgador orbital al alejar las indebidas injerencias políticas, por veces excusas, que ocurren en la esfera burocrática estatal, permitiendo la construcción de la sentencia orbital de acuerdo con la Jurisdicción del Estado constitucional democrático, delante de la posibilidad de intervención del Poder Judicial en el proceso en tramitación del Órgano Orbital.

La sexta vertiente estaría establecida en el auxilio que el Judiciario podría dar en aquellas situaciones en que la competencia para el juicio de la materia sería del Órgano Orbital, pero los comando procesales para el cumplimiento de determinadas medidas estuviesen inseridas en la “reserva del Judiciario”, como, por ejemplo, una búsqueda y aprehensión ordenada por el Orbital a ser cumplida “dentro de la casa del individuo”, ocasión en que el reenvío perjudicial sería utilizado como instrumento complementar para aportar incidentalmente la imperiosa orden judicial, en cualquier fase del proceso, sea ella de conocimiento o ejecución – la “consulta”, en ese caso, se convertiría en “pedido”, que podría ser bastante simplificado, sin desnaturalizar el instituto.

En la séptima vertiente, el renvío perjudicial también sería una alternativa de gran utilidad especialmente en aquellos Estados que no permiten el control de constitucionalidad difuso – así como derivaciones de ese sistema.

Hechas esas consideraciones sobre como el modelo europeo del reenvío perjudicial adaptado a la Jurisdicción Plural podría ser viabilizado formalmente en los Órganos Orbitales, notoriamente para suplir las lagunas del sistema pluralista, materialmente él sería igualmente importante para la construcción de la decisión jurisdiccional. Es importante consignar, en ese campo, que el reenvío perjudicial, cuando decidido por un colegiado competente en la materia, formaría la jurisprudencia relativa al tema, pasando a ser vinculativa ultra partes y erga omnes, si así permitido por el ordenamiento jurídico estatal, como ocurre, por ejemplo, en los resúmenes vinculantes en la civil law o en los precedentes de la common law. Antes de eso, si reconocida la repercusión general, el Poder Judicial podría suspender la tramitación de acciones semejantes existentes en todos los Órganos Orbitales hasta pronunciamiento definitivo. También en ese diapasón, emergería otra facultad procesal contemporánea, que sería la posibilidad de inaugurar un proceso colectivo o hasta mismo de efectivizar una decisión estructurante.

Así, quedarían preservados íntegros los dos sistemas de Jurisdicción, del Judiciario y del Orbital, sin la indebida interferencia de uno sobre el otro, respetando

sus respectivos objetivos y especificidades, pero literalmente acoplados por medio de los puentes de transición proporcionados por el reenvío perjudicial, desarrollando enseñanzas y aprendizajes mutuos y continuos, propios de una racionalidad transversal: el Judiciario proporcionando el debido auxilio en los hard cases, sin, no obstante, juzgar el mérito de la demanda, que continuaría bajo la responsabilidad del Orbital.

Ese diálogo cambia entre los Órganos Orbitales y el Poder Judicial efectivado por medio del reenvío perjudicial no se alejaría en su esencia de aquello que se denominó como comercio entre jueces, diálogo entre jueces, mundialización judicial o auditorio global, cuando jueces sometidos a soberanías distintas dialogan en busca de conocimientos complementares en la jurisprudencia de otros Estados o tribunales supra nacionales como refuerzo del argumento jurídico para enfrentar los hard cases a ellos concretamente sometidos. Pero mientras ese contexto trata de un diálogo mundial entre las diversas jurisdicciones estatales, aquí estaríamos cuidando del diálogo “glocal” entre las “dos” jurisdicciones internas, la Jurisdicción en cuanto Poder político y la Jurisdicción en cuanto Poder burocrático.

*El “acoplamiento estructural altero” posibilitador de puentes de transición y viabilizador de una racionalidad deseada por un comercio entre jueces pertenecientes a distintos sistemas jurisdiccionales heterogéneos posibilitaría el surgimiento de una decisión jurídica construida a partir de una visión multicéntrica del proceso, superando la visión bilateral de la decisión administrativa – donde el Estado se confunde con la parte – y la tradicional visión trilateral de la decisión jurisdiccional – autor, reo y juez –, pues la contribución jurídica decisoria contaría con el auxilio del juez al juzgador orbital, en una prestación jurisdiccional que tiene como escopo principal la resolución del conflicto jurídico concreto, mismo que para eso precise invertir o superar la clásica lógica procesal, pues la construcción de la **decisión estructuralmente multicéntrica en la Jurisdicción Plural** contaría, entonces, con la participación de **autor, reo, juzgador orbital y juez**, lo que sería diferente de todos los sistemas hasta entonces conocidos en la Jurisdicción ordinaria, en que, en regla, la participación del Poder Judicial ocurre posteriormente*

al final del proceso “administrativo”.

Así, delante de todo ese contexto, el instituto del reenvío perjudicial auxiliaría el cumplimiento de la Jurisdicción Plural, acompañando los anhelos evolutivos de la sociedad y del Estado del siglo XXI, sin desgarrar de conquistas civilizatorias especialmente respecto de la seguridad jurídica y de la misión del Poder Judicial en el Estado constitucional democrático.

*La integración humana entre Judiciario y Orbital, así como la notabilidad del propio instituto del reenvío perjudicial adaptado al ejercicio de la Jurisdicción Plural para el mantenimiento de la coherencia del sistema como un todos, no obstante, su importancia, son instrumentos que necesitan de soporte tecnológico para que se tornen efectivamente eficaces en la Jurisdicción del siglo XXI. Debido a eso, además de los mecanismos de integración humanos, dispuestos en la primera parte, la segunda parte del capítulo diez expone, de modo auxiliar, mecanismos **cibernéticos** para el efectivo desarrollo de una Jurisdicción Plural.*

*La integración cibernética de la Jurisdicción Plural principió demostrando, en líneas generales, preceptos sobre la **cuarta revolución industrial** vislumbrada desde el final del milenio, cuyas tecnologías expanden sus reflejos también sobre la Jurisdicción. La Jurisdicción actual 3.0 y que tiene como ápice la automatización de procedimientos será sustituida por la Jurisdicción 4.0, liderada por la utilización amplia de la inteligencia artificial en todos sus sectores. Frente a eso, fueron expuestos temas como **inteligencia artificial (fuerte y débil), algoritmos, machine learning, Deep learning, big data, analities, jurimetría, blockchain, cloud computing**, entre otras, indicando, puntualmente, como esas tecnologías podrán ser implementadas y utilizadas en la Jurisdicción Plural del siglo XXI.*

*Pero ni solamente el uso de herramientas tecnológicas consistirá en la Jurisdicción del futuro: habrá un verdadero cambio de concepción. E Debido a eso, es posible observar un proceso de revolución jurisdiccional iniciado en diversos puntos esparcidos por el mundo para la formación de **smart courts y tribunales***

online. Hoy, las ODRs – online dispute resolution – son una realidad especialmente en la iniciativa privada, como se vislumbra en las plataformas virtuales de e-commerce, notoriamente en los Estados Unidos y en la China. Aunque, las ODRs han adentrado paulatinamente en los procedimientos de los tribunales, lo que puede ser considerado como el primer paso orientado para el cambio. Eso, sin embargo, es sólo un detalle de toda la mutación.

Las ODRs no sería sólo una extensión virtual de operaciones judiciales actualmente existentes, simplemente mejorando la conveniencia y la accesibilidad a los tribunales, pues la adopción de ellos por los tribunales, juntamente con otras tecnologías, cambiaría por completo la Jurisdicción como nosotros conocemos.

En líneas generales, los tribunales online estarían sedimentados en tres pilares: procedimientos integralmente online; incorporación de ODRs y utilización de mecanismos de inteligencia artificial, no sólo como asistencia para tomar decisión jurídica, pero especialmente para formar un sistema ampliamente informatizado, que actuaría desde los primeros pasos de la demanda, auxiliando al usuario por medio de un asistente virtual comandado por inteligencia artificial, que haría un filtro preliminar, por medio de una fase inicial exploratoria sobre el litigio, aclarando si la demanda es o no jurídicamente válida y, siendo así, cuales caminos disponibles para su consecución, proporcionando, desde luego, los “formularios” virtuales de solicitud del pedido. Las opciones no serán apenas jurisdiccionales: el sistema tendría la posibilidad de instruir al usuario a buscar otros mecanismos alternativos, públicos o privados, con la intención de solucionar el conflicto jurídico. Esos instrumentos consistirían en la contribución más importante de esa nueva era para el conocimiento y concretización de derechos, especialmente a la persona en juicio no representada por abogado.

Es por eso que los tribunales online no son sólo versiones más baratas, eficientes y accesibles de los tribunales tradicionales, pero se presentan como una nueva institución capaz de transformar las características y los objetivos de la prestación jurisdiccional estatal, tornándola menos adversarial, más flexible y

sensible al contexto como un todo, expandiendo su actuación par más allá de la visión clásica del proceso.

La nueva visión sobre la Jurisdicción causaría al menos tres cambios disruptivos: el cambio de la percepción actual del tribunal como siendo un local físico para otra concepción vislumbrando el tribunal como un local híbrido o totalmente virtual; el abandono de la idea de que apenas humanos pueden intermediar conflictos jurídicos; y, por fin, la utilización amplia de los datos procesales por medio de big data y analytics, no sólo para la formulación de estrategias internas para mejorar el enfrentamiento procesal de los conflictos jurídicos, pero especialmente en la utilización de esos datos jurisdiccionales para el desarrollo de políticas públicas, notoriamente extensiva a los grupos sociales de las minorías y a los que en regla no poseen acceso a la Jurisdicción – considerando que el acceso sería aumentado por el uso informal de plataformas virtuales; cuando esos individuos aislados busquen la Jurisdicción, por medio del análisis de datos sería posible identificar demandas reprimidas, y expandir los resultados de litigios individuales para grupo colectivos mayores.

En esa vía de acceso, los tribunales online ofrecen una perspectiva de equilibrio, mejorado debido a las cualidades de la tecnología digital y, en particular, en el uso de algoritmos y datos. Los procesos online pueden ser conducidos de cualquier local donde se tiene acceso a internet, a cualquier hora y a cualquier día, eliminando no apenas barreras físicas, pero también económicas. Eso genera reflejos no solamente a la persona juzgada, pero también a los tribunales, que no precisan mantener enormes espacios físicos, que pueden ser sustituidos, por ejemplo, por pequeños centros “híbridos” de atendimento mejor localizados – como un “quisco” en un shopping center, por ejemplo. El uso de la inteligencia artificial también nivela el campo de juego entre los litigantes habituales y eventuales, y, como todo ocurre de manera online, accesible de lejos, sin la necesidad de desplazamientos o enfrentamientos de la burocracia en reparticiones públicas y sin ningún costo, la virtualización también hace el puente entre la periferia y el centro.

Pero esos procedimientos existentes en los tribunales online difieren radicalmente de aquellos digitalizados vislumbrados actualmente: serán informales, no habrá audiencia ni la participación simultánea de los involucrados, al contrario, él se desarrollará con una continua participación de los integrantes procesales, con sucesivos intercambios de informaciones y documentos, sin cualquier especie de sustentación oral, notoriamente en los casos de menor complejidad – o que admitan el juicio anticipado, por ejemplo. El cambio radical no se limitaría al procedimiento, pues reflejaría también en el lenguaje tecnológico. La actual comunicación en los tribunales puede ser clasificada como “síncrona”, y el juicio online debe comportar formas “asíncronas” de interacción. Así, mientras en la primera todos los involucrados precisan estar disponibles simultáneamente para que el proceso avance, en la segunda ese sincronismo es dispensable.

Esa sería la primera generación de los tribunales online; pero mirando aún más para el futuro, una segunda generación de tribunales online deberá emerger, en la cual una gran parte de esos servicios será prestada enteramente por seres artificiales, inclusive con determinaciones jurídicas vinculativas.

Y mientras se habla en revolución para el futuro, ella no limitará la forma como la Jurisdicción es desarrollada, pero principalmente la forma como ella se presenta para la sociedad. Será, por eso, una transformación igualmente cultural, alterando, por cierto, también el escopo de la Jurisdicción, dejando la función jurisdiccional de ser solamente el locus de resolución de conflicto o el producto jurídico final del litigio – sentencia –, pasando a constituir la materia prima inicial para la prevención de los conflictos existentes en sociedad, notoriamente delante de la big data analytics, compartiendo esos resultados con la esfera gubernamental del Estado para el mejor desarrollo de políticas públicas, destacadamente las que irán prevenir litigios. Será la Jurisdicción para informar con propiedad estadística cuales son los verdaderos problemas sociales, y no apenas los jurídicos, en una concepción de ejercicio de funciones de Poder político.

Así, es posible afirmar que las smart courts y los tribunales online serán el

futuro de la Jurisdicción. El **Judiciario 4.0** ya ensayó los primeros pasos en el Brasil, pero aún está distante de la efectiva aplicación de la inteligencia artificial en la Jurisdicción de modo pleno diferentemente de aquello actualmente observado en su punto extremo, como los **jueces robots** de Estonia o las **smart courts chinas**, que se valen de innúmeros mecanismos tecnológicos para el respectivo funcionamiento, seguramente con el uso de todas la expuestas en la presente pesquisa, inclusive de plataformas virtuales, siendo permitido afirmar, a partir de ellos, que los tribunales online ya son una realidad.

Otra realidad también es la **Jurisdicción Plural 4.0** por medio de un Órgano Orbital existente en Canadá. La provincia de British Columbia, ubicada en el extremo oeste de Canadá, posee el primer tribunal online de aquel país, denominado Civil Resolution Tribunal – CRT, competente para apreciar: lesiones en vehículos automotores de hasta US\$50.000,00; pequeñas causas con valor limitado a US\$5.000,00; litigios de propiedad (condominio), en cualquier valor; sociedades y asociaciones de cooperativas, para dispuestas de cualquier valor.

El Civil Resolution Tribunal – CRT fue establecido en ley, y está en funcionamiento desde julio de 2016 – posiblemente fue el primer tribunal online en operación en el mundo. A pesar de ser denominado como “tribunal”, el Civil Resolution Tribunal – CRT no integra el Poder Judicial, y su competencia para juzgar no se limita a los casos jurídicos involucrando al Estado, como ocurre en la Jurisdicción dual. Sus decisiones, aunque, hagan cosa juzgada. La tramitación procesal en el tribunal online canadiense está sedimentada en cuatro etapas, todas virtuales. La primera etapa es exploratoria, donde el usuario interactúa con software de inteligencia artificial para comprender mejor el contexto del litigio. Si el usuario, después de toda la aclaración jurídica que recibió, decidir proponer la demanda, basta rellenar un formulario que es inmediatamente proporcionado. La segunda etapa objetiva autocomposición, realizada en la plataforma virtual entre los litigantes; en la tercera etapa habrá la mediación, también operacionalizada con auxilio de la inteligencia artificial; la cuarta y última etapa consiste en el proceso en sí; es asíncrona y finaliza con la sentencia, dictada por un humano.

El Civil Resolution Tribunal – CRT es, así, un gran ejemplo de Órgano Orbital en plena actividad; él puede ser considerado la evolución de otra actividad desarrollada en Canadá desde la década de 1970 que era denominada rentalsmen, para la apreciación de demandas involucrando alquileres. Y cuando se propone en la Jurisdicción Plural la utilización de órganos públicos existentes en la estructura estatal para la ampliación de la función jurisdiccional heterocompositiva, es ese, en principio, el espíritu que se pretende seguir. La propuesta de la Jurisdicción Plural, sin perjuicio de la creación de otros órganos públicos, primeramente, objetiva la adecuación de los que ya están en actividad, economizando tiempo y dinero público, como Canadá hizo: transformó un instituto simple – rentalsmen –, pero de buen funcionamiento, en un verdadero “tribunal” – CRT –, orientado para el futuro por ser online, mucho más leve y desburocratizado, como debe ser la Jurisdicción del siglo XXI.

En ese campo, Brasil nos trae buenos ejemplos preliminares de plataformas virtuales – ODR – disponibles para que consumidores resuelvan sus problemas directamente con proveedores previamente registrados, normalmente empresas de gran porte, como es el caso del consumidor.gov.br, existente también en aplicativo para smartphone, las cuales, con pocas alteraciones, también podría tornarse verdaderos tribunales online.

*El capítulo diez delinea un pensamiento final sobre un **futuro** no distante, donde todas las tecnologías descritas en la presente pesquisa, así como otras futuramente disponibles, irán, del punto de vista organizacional, de algún modo integrar todos los sistemas de “justicia”, principiando con una nube comunitaria (**cloud computing**), que no será sólo del “Poder Judicial”, pero sí de la “Jurisdicción”, englobando tanto la ejercida por jueces en cuanto Poder político relevante, cuanto a desarrollada por juzgadores orbitales en la condición de Poder burocrático. Los sistemas operacionales, entonces, serán únicos, compartidos entre Judiciario y Orbitales.*

*El **blockchain** permitirá que esas informaciones transiten virtualmente en*

*una cadena de seguridad de modo de garantizar su autenticidad del inicio al final del proceso, especialmente en la utilización del instrumento de coparticipación del reenvío perjudicial. El **big data** será tan valioso en el Judiciario cuanto en los Orbitales; por otra parte, todas las informaciones existentes, amplificadas delante del aumento de los órganos jurisdiccionales estatales, permitirían una visión holística para además del Judiciario, de modo que posibilite la definición de estrategias globales aún más efectivas, no apenas represivas, pero especialmente preventivas.*

*Y la **inteligencia artificial** será la gran aliada del juzgador para la construcción de la decisión jurídica, prácticamente haciendo el gran trabajo preliminar necesario para la pesquisa y organización de los argumentos fáctico-jurídicos, resguardando la complejidad decisoria al ser humano para que en cada decisión concreta é pueda lapidar la respuesta jurisdiccional artesanalmente frente al conjunto bruto de informaciones producidas por la máquina; por otro lado, no sólo el juzgador se valdría de la IA, pero también las partes, que contarían con asistente jurídico virtual que podría prestarle asesoría jurídica plena, tornando la Jurisdicción mucho más simple y realmente accesible, inclusive y especialmente a los hipo suficientes “no representados” – de modo amplificado, acompañando lo propuesto en la idea de los tribunales online anteriormente destacados.*

Todo ese conjunto auxiliaría el desarrollo de una Jurisdicción sustentable, atendiendo al 16º objetivo de desarrollo sustentable de la Organización de las Naciones Unidas – ONU, al convertirse en instituciones públicas arcaicas de utilidad limitada en verdaderos órganos jurisdiccionales, auxiliando en la pacificación social de conflictos jurídicos, proporcionando acceso simplificado a la justicia por medio de órganos eficaces, responsables y transparentes existentes en una Jurisdicción Plural.

Como es posible verificar, no estamos distantes de las smart courts en una Jurisdicción Plural 4.0, sea en el Poder Judicial o en los Órganos Orbitales; basta quebrar los antiguos dogmas y preconceitos que en nada contribuyen para la evolución humana. Al final, parafraseando Susskind, la Jurisdicción es un servicio, y

no un local.

*Por fin, aprovechando la oportunidad de la tecnología y el contexto de la Jurisdicción del siglo XXI, sólo de no constar en el cuerpo del contenido de la presente pesquisa, **dos pequeñas reflexiones**, de manera absolutamente ignorante y sin pretensión, pueden ser registradas:*

La primera es sobre el diálogo entre jueces, mundialización judicial, auditorio global o, conforme aduce Garapon, comercio entre jueces y su actividad en el futuro. Partiendo especialmente de las enseñanzas de Garapon, él destaca que el comercio de jueces es una expresión que mejor se adapta a las dos caras de la mundialización del derecho, que es simultáneamente la existencia de una red de intercambios entre jueces y una forma sólida de establecer la sociabilidad recíproca entre hombres. Garapon destaca que ese intercambio de conocimiento tendría finalidad inicial no la integridad de un sistema particular, pero sí apoyar la racionalidad de decisiones singulares, confiriendo una fundamentación universalizada y no vinculativa, pero sí persuasiva, donde, además de una garantía jurídica proveniente de un manantial de ideas existentes en la jurisprudencia internacional, la fertilización recíproca actuaría igualmente en la búsqueda por la legitimidad.

A pesar de eso, conforme expone Garapon, el comercio entre jueces no se ha limitado al campo interno estatal, pues la mundialización de la justicia expande sus efectos tornándose sensible a las influencias extraterritoriales, especialmente con relación al derecho humanitaria internacional, confiriendo poderes propios a los sistemas internos, que no desaparecen en nombre de un orden mundial. Habría, en ese campo, además de un argumento de autoridad apto a fundamentar la decisión, también una concepción de solidaridad transnacional entre jueces, destacadamente par combatir determinados crímenes hediondos en un llamado proceso de competencia universal.

En esa perspectiva, la tecnología podría ser una gran aliada no sólo para

el comercio entre jueces, pero especialmente en la formación de un red de gobierno planeada a nivel mundial – government networks –, donde especialmente la Jurisdicción, disociada puntualmente de la soberanía estatal, avanzaría las respectivas fronteras para la formación de procesos que pudiesen combatir situaciones encontradas en cada Estado, pero que generasen reflejos planetarios.

En esa esfera, si utilizamos el ejemplo del e-government de Estonia, donde la tecnología está presente en todos los sectores del Estado y las informaciones y los sistemas están depositados en cloud computing, generando un enorme contenido de big data y posibilitando al analytics, e imaginando que en el futuro otros, sino la totalidad de los demás Estados también usarán sistemas tecnológicos semejantes, los datos de la Jurisdicción podrían ser cruzados en escala mundial, propiciando la construcción de “decisiones estructurantes” plurinacionales – abordada puntualmente en la primera parte del capítulo diez – no sólo referente al ordenamiento jurídico interno, pero también de manera universalizada.

Por ejemplo, a partir de la integración de los sistemas – o de la posibilidad de analizar las informaciones mismo en sistemas no integrados, pero abiertos con datos públicos – el cruzamiento de esos datos permitiría la identificación de empresas multinacionales potencialmente contaminadoras en ámbito planetario, que por veces se esconden por tras de pequeños y medios daños ambientales locales, aparentemente insignificantes, pero que, sistemática y repetidamente causados en diversas partes del globo terrestre ocasionan daños universales; de la misma forma, grandes corporaciones que exploran el trabajo infantil, u otras organizaciones que actúan en escala mundial cometiendo delitos transnacionales, como tráfico de armas, drogas y exploración sexual, podrían ser identificados y, cuando posible, juzgados conjuntamente.

Garapon destaca que en ese comercio de jueces el pensamiento ampliado puede ser considerado un pensamiento nómade, que camina de lugar para lugar, de una parte del mundo para otra. ¿Si el comercio entre jueces sería un nómade para transitar por el mundo, estaríamos tratando, a partir de la integración

tecnológica de los sistemas, de una **Jurisdicción pangea**, sin barreras oceánicas infranqueables para la disseminación de la información y del conocimiento jurídico?

Esa Jurisdicción cosmopolita, unificadora de los Estados en un “continente tecnológico único”, permitiría la actuación de una Jurisdicción universal al menos bajo dos ópticas: primeramente, de forma preventiva, de modo semejante a lo diseñado por los tribunales online, a partir del cruzamiento de datos procesales e identificado de “agresores” a los derechos humanos, potenciales contaminadores y criminosos, dando oportunidad, de esa forma, también para adopción de medidas protectoras más universalizadas, especialmente con relación a la sustentabilidad planetaria – involucrando, entonces, no sólo la prevención, pero también el propio desarrollo humano de modo adecuado. Bajo una segunda óptica, esa Jurisdicción permitiría la construcción de “decisiones estructurantes” en escala universal, para además no sólo de la visión clásica del proceso, pero también de la propia soberanía estatal, viabilizando, por ejemplo, la participación de diversos Estados, incluyendo los periféricos menos desarrollados, en la construcción de una decisión única para la adopción de medidas conjuntas represivas y reparadoras que poseen origen común. Esas “decisiones estructurantes” podría identificar esas “personas” y/o “hechos” que ocasionan repercusión en diversos Estados y reunirlos para “juicio estructurante simultáneo”, no sólo para resolver el problema ocasionado localmente, pero especialmente para enfrentar las consecuencias planetarias provenientes de ellos.

La segunda reflexión ignorante y sin pretensión tangencia la aplicación de la inteligencia artificial en la construcción de la sentencia jurisdiccional, por medio de la “IA fuerte”.

La inteligencia artificial puede ser dividida en débil y fuerte. A la excepción puntual del juez virtual estonio, que puede ser considerada, de cierta forma, fuerte, aunque momentáneamente sobre la decisión artificial haya posterior control humano, todo lo demás hasta entonces observado en la Jurisdicción puede ser considerado como el uso de la inteligencia artificial de forma débil, o sea, de modo accesorio y auxiliar al ser humano.

Pero en el ritmo en que la tecnología avanza, no tardará en llegar el momento en que ese ciclo podrá invertirse. Tal vez no con el ser humano siendo accesorio de máquina, pero a lo mejor con las máquinas efectivamente sustituyendo los seres humanos en diversas profesiones – conforme destacado por Mercader Uguina.

En aquello que interesa a la Jurisdicción, tal vez la gran cuestión ética, para además de las tradicionales debatidas, como, por ejemplo, las apuntadas por Rosa, Susskind, Einy y Katsh sobre los cuidados con la programación de los algoritmos y de los softwares responsables por la tomada de decisión jurídica, sea encontrar cual límite tolerable por el ser humano de materias y competencias aptas para juicio por un ente artificial, y cuales materias de especial relevo deben permanecer bajo la custodia humana, y no de la máquina.

Aunque en una visión más extremista, como la de Harari, a partir del momento en que la inteligencia virtual evolucione y la máquina esté dotada de tanta capacidad de raciocinio que no sea más posible diferenciar de un cerebro humano – “singularidad” –, inclusive con plena capacidad de aprendizaje, la tendencia será que ella deje de ser un mecanismo auxiliar y efectivamente sustituya la actividad humana por completo. Pocas actividades humanas serán preservadas; gran parte de ellas tenderá a no existir. Las que quedaron, serán en prácticamente su totalidad prestadas de forma diferente de como hoy son desarrolladas. En la Jurisdicción no será diferente. Lo que resta en ese momento es intentar desvendar cual parcela de la Jurisdicción continuará bajo el dominio humano.

Si en el presente la gran duda sobre la reserva de Jurisdicción consiste en definir cual órgano público será el responsable por la primera o última palabra decisoria, en una disputa de competencia jurídica entre humanos, probablemente en un futuro no muy distante el debate jurídico podrá ser instaurado para definición si la primera o la última palabra deberá ser dada por un “juez robot” o por un juez humano.

*Así, aunque la reglamentación de la inteligencia artificial no sea una constante en los más diversos Estados (existe una posición afirmativa para la reglamentación en Europa – por medio del sector público –, otra intermediaria en los Estados Unidos – por medio de la autorregulación en el sector privado – y otra absolutamente contraria en la China – la regulación irá “frenar la innovación”), tal vez ese sea el momento para iniciar un debate jurídico, moral y ético, que tiende a ser bastante extenso, sobre el establecimiento de una **reserva de Jurisdicción humana**, resguardando el juicio de bienes jurídicos de especial relevancia a la inteligencia natural, dotada de conciencia y sensibilidad, distante de la frialdad de una máquina – la respuesta a la indagación puede ser, inclusive, que la Jurisdicción debe ser integralmente dada por humanos, lo que, de todos modos, no inhibe la necesidad del inicio de un debate.*

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABC. **Los 10 beneficios de la mediación en la escuela**. [recurso digital – ABC España]. Disponível em: https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-10-beneficios-mediacion-escuela-202001300158_noticia.html. Acesso em: 7 jun. 20.

ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz. **Governo Judiciário**. Florianópolis: Tribunal de Justiça e Santa Catarina. 2009.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Tradução de Luís Afonso Heck.

_____. **Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul/set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 12 set. 19.

ALGAZA VILLAAMIL, Óscar. **Comentario Sistemático a la Consitución Española de 1978**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. in: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 303-305.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. in: COSTA, Thales Morais da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos os povos**. 12 ed. São Paulo: Ícone, 2013.

ALVEZ, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. In: BUCCI, Maria Paulo Dallari e Murilo Gaspardo (orgs.). **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111-126.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São

Paulo: Atlas, 2011.

AMARAL, Priscilla Peixoto. **A China e os tribunais inteligentes**. [recurso eletrônico - FOCUSJOR - maio 20]. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/>. Acesso em: 10 jun. 20.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e Poder Judiciário**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ANDRES IBAÑES, Perfecto. MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. Madrid: Tecnos, 1986.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

APARICIO, Miguel Ángel. **El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)**. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1995.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Tribunal das Águas de Valência**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Revista Brasileira de Direito Comparado. pp. 134-146. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20(9).pdf). Acesso em: 7 jul. 20.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Lafonte, 2012. Tradução de Nestor Silveira Chaves.

_____. **A Política**. [recurso digital] Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ARRUDA, Alexandre da Silva. **Autoridades administrativas independentes: uma perspectiva comparada da resolução dos conflitos envolvendo a administração pública**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 137-145, jan./abr. 2017.

ARRUDA, Jobson de A. *et al.* **Toda a história: história geral e do Brasil**. 11 ed. São Paulo: Ática, 2000.

ASIMOW, Michael R. **Five Models of Administrative Adjudication (July 17, 2015)**. Stanford Public Law Working Paper No. 2632711. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2632711> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2632711>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **AMB alega que número de processos é muito alto**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia1493.pdf>. Acesso em 29 maio 2015.

AST, Frederico. **Como faremos Justiça?** [artigo digital - Revista Época]. São Paulo:

Revista Época, dez. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/12/como-faremos-justica.html>. Acesso em: 18 jun. 20.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*.

BAETA, Zínia. **Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações**. [recurso digital - Valor Econômico - mar. 19]. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoes.ghtml>. Acesso em: jun. 20. Acesso em: 6 jun. 20.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997.

BARBOSA, Rui. **Oração dos moços**. Rio de Janeiro: Simões.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação**. Recurso digital. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI305506,21048-Barroso+fala+no+Chile+sobre+crise+da+democracia+revolucao+tecnologica>. Acesso em: 21 set. 19.

_____. *in.*: ARAGÃO, Alexandre *et al.* **Interesses Públicos x Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Tradução de Marcus Penchel. Título original: *Globalization: The Human Consequences*.

_____. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor LTDA, 2001. Sem informação sobre tradutor. Título original: *Liquid Modernity*.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: *Quartier Latin*, 2005. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*.

_____. **Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade. Incertezas fabricadas: entrevista com Ulrich Beck.** IHU ONLINE, WWW.UNISINOS.BR/IHU, São Leopoldo, 22 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 8 out. 19.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do juiz.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. **A Constituição de Cádiz de 1812.** Revista do Senado Federal. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. p. 89-112. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p89.pdf. Acesso em: 13 março 2020.

BEZERRA, Juliana. **Nazismo.** Artigo virtual. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/nazismo/>. Acesso em: 12 set. 19.

_____. **Revolução Russa (1917).** Artigo virtual. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-russa/>. Acesso em: 8 set. 19.

BIGARELLI, Bárbara. **Como a Estônia construiu uma sociedade digital.** [recurso digital - Revista Época - ago. 18]. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2018/08/como-estonia-construiu-uma-sociedade-digital.html>. Acesso em: 15 jun. 20.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado:** filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. rev. atual. e modificada. São Paulo: Atlas, 2016.

BLOCKINFO. **Superior Tribunal de Justiça do Brasil está de olho na inserção de blockchain no sistema judiciário.** Disponível em: <https://blockinfo.com.br/superior-tribunal-de-justica-do-brasil-esta-de-olho-na-insercao-de-blockchain-no-sistema-judiciario/>. Acesso em: 4 jun. 20.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Título original: *L'età dei Diritti*.

_____. **A era dos direitos.** 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio

de Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de Daniela Beccaccia. Título original: *Teoría general de la política*.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. Traducción de Vicente Herrero. Título original: *Jurisprudence*.

BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011 - ISSN 1677-6402, p. 326-343. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885>. Acesso em: 1 jul. 20.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. In: Adriana Fasolo Pilati Scheleder et al. **Jurisdição constitucional e democracia**. Itajaí: Univali, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20CONSTITUCIONAL%20E%20DEMOCRACIA.pdf>. Acesso em: 29 out. 19.

_____. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767>. Acesso em: 21 nov. 19.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Teoria geral do estado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOSELTMANN, Klaus: **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan/fev/mar 2017, Salvador/BA. Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234-e1c33e2bd7/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BOSSA, Gisele Barra et al. **Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015**: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. São Paulo: Almedina, 2017.

BRAGA, Valeschka e Silva. in: COSTA, Thales Moraes da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros**. ISSN: 2177-8337 - Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256/194>. Acesso em: 19

jun. 20.

BRASIL. **Anatel consumidor**. [Plataforma virtual]. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/consumidor/>. Acesso em: 3 jun. 20.

_____. **Código de processo civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. **Código Eleitoral**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 4 fev. 2020.

_____. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 5 jun. 20.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 jun. 16.

_____. **Consumidor.gov.br**. [Plataforma digital]. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1592448312168>. Acesso em: 4 jun. 20.

_____. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

_____. **Instituto Nacional do Seguro Social**. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/>. Acesso em: 7 jun. 20.

_____. **Lei complementar n 35, de 14 de março de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

_____. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 1 fev. 20.

_____. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

_____. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 4 fev. 20.

_____. **Lei 10.559**, de 13 de novembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10559.htm. Acesso em: 1 maio 2020.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020

_____. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: fev 21.

_____. Ministério da Indústria, Comércio e Serviços. **Agenda brasileira para a indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/>. Acesso em: 13 jun. 20.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Consumidor.gov.br tem tecnologia compartilhada com o governo argentino**. [Recurso virtual]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1559238490.02>. Acesso em: 5 jul. 20.

_____. Ministério das Relações Exteriores. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 26 out. 19.

_____. Ministério do Turismo. **Empresas de turismo aderem à plataforma consumidor.gov.br**. [Recurso virtual]. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/13449-empresas-de-turismo-aderem-%C3%A0-plataforma-consumidor-gov-br.html>. Acesso em: 8 jun. 20.

BRENER, Jayme. **1929: A crise que mudou o mundo**. São Paulo: Ática, 1996.

BULNES, Mar Jimeno *et al.* **Nuevos horizontes del derecho procesal**. Valladolid: Bosch editor, 2016.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAENEGEM, R. C. Van. “**Oráculos da Lei**” ou “**Bouche de la loi**”. *in: O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil segundo o novo código**. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*.

CALMON, Pedro. **História social do Brasil**. 2º tomo. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1937. Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/122/4/83%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Emenda Constitucional nº 96/1992**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=3A0037FFD8C3C28C4ACF188BC8EA6A49.proposicoesWeb2?idProposicao=14373&subst=0. Acesso em: 18 mai. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, João Mota de et al. **Manual de Direito Europeu: O sistema institucional. A ordem jurídica. O ordenamento econômico da União Europeia**. 7ª Ed. Coimbra: Coimbra Editoras, 2014.

CANADÁ. **British Columbia Civil Resolution Tribunal**. Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca/>. Acesso em: 4 jun. 20.

_____. **British Columbia Civil Resolution Tribunal: What if I don't agree with the decision?** Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca/how-the-crt-works/getting-started/motor-vehicle-accidents-and-injuries/#what-if-i-dont-agree-with-the-decision>. Acesso em: 6 jun. 20.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análise**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2010.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Título original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASELA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr, 1994.

CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e do Brasil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Tradução de Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Reg. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em: out. 19.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Título original: *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective*.

CHAVES, Pablo Holmes. **Teoremas de transição do Estado Social**: Ciência política e controle social no estado regulador. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8134/teoremas-de-transicao-do-estado-social/3>. Acesso em: 22 out. 19.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHINA. **Plataforma virtual do tribunal de Hangzhou**. Disponível em: <https://www.netcourt.gov.cn/portal/main/en/index.htm>. Acesso em: 2 jun. 20.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. Tradução de Paolo Capitanio. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

COELHO, André. **Dworkin sobre casos fáceis e difíceis**. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2017/02/dworkin-sobre-casos-faceis-e-dificeis.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A dimensão política da jurisdição constitucional**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 225. p. 39-44, jul/set, 2001.

Coleccion de Constitutiones: en la que van puestas en castellano las de Francia, Bélgica, Portugal, Brasil, y Estados-Unidos Anglo-Americanos, con la española de 1812 y su discurso preliminar. 2. ed. Madrid: Imprenta del eco del comercio, 1836. **Não há autor no texto.**

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed.

São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Capitalismo: civilização e poder.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020. Acesso em: 4 out. 19.

CONGRESSO NACIONAL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: nov. 2019.

_____. **Diário do Congresso Nacional**, sexta-feira, 1º de maio de 1992, p. 7850. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 20 maio 2020.

_____. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 07 jul. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **DIRECTIVA 95/46/CE**, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=en>. Acesso em: 1 nov. 19.

CONSELHO E PARLAMENTO EUROPEU. **DIRECTIVA 2002/58/CE**, de 12 de Julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>. Acesso em: 3 nov. 19.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coronavírus.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/coronavirus/>. Acesso em: 7 jun. 20.

_____. **Dados estatísticos 2014.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 3 fev 17.

_____. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 1 nov. 19.

_____. **Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 11 jun. 20.

_____. **Justiça em números 2016.** Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 4 fev 2015.

_____. **Justiça em números - 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 8 jun. 20.

_____. **Resolução 125/2011**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020.

_____. **Sinapses – manual**. [Recurso digital]. Disponível em: <https://docs.pje.jus.br/projetos/sinapses/sinapses-manual.html>. Acesso em: 9 jun. 20.

COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2013. Tradução e revisão técnica de Jorge Duarte Pires.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor contra Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010. Serie C No. 218, pár. 145. Disponível em: <http://bit.ly/1D9AWKS>. Acesso em: 12 mar. 2020.

COTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review**: o mito de Marbury. In: RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 115-132. Disponível em: Acesso em: 21 nov. 19.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade, a Premissa Tecnológica como ampliação dos seus fundamentos**. Revista Sequencia. Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez 2015. Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em: 1 jun. 2020.

CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. **Computação em nuvem e considerações contratuais**. [artigo virtual]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6c46d6ccf72dec9>. Acesso em: 12 jun. 20.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DALAL, Roshen. **A história compacta do mundo**. São Paulo: Universo dos Livros, 2016. Título original: *The compact timeline history of the worl*. Tradução de Maurício Tamboni.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual**. REB. REVISTA DE ESTUDIOS BRASILEÑOS I SEGUNDO SEMESTRE 2014 I VOLUMEN 1 - NÚMERO 1. p. 81-96. Disponível em: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/125657/REB_2014_vol1_num1_81~96

.pdf;jsessionid=5459F36BCCCEBCEF05CBED75C8EAB644?sequence=1. Acesso em: 2 mar. 2020.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

D'ARCY, François. **União Europeia: instituições, política e desafios**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*. Tradução de Hermínio A. Carvalho.

DEUTSCHE WELLE. **1945: Execução de Mussolini**. Artigo digital. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1945-execu%C3%A7%C3%A3o-de-mussolini/a-310885>. Acesso em: 15 set. 19

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIREITO, Carlos Gustavo. **O Modelo Francês de Jurisdição Administrativa e sua Influência na Criação do Conselho de Estado Brasileiro no Período Imperial**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-modelo-frances-de-jurisdicao-administrativa-e-sua-influencia-na-criacao-do-conselho-de-estado-brasileiro-no-periodo-imperial/>. Acesso em: 5 dez. 19.

DÓRIA, Sampaio. **O Direito Constitucional**. São Paulo: *Max Limonad*, 1962. v. 1. Tomo 1. p. 275-278. *Apud*: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Breves lições sobre jurisdição, processo e ação em Francesco Carnelutti**. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 10 – ago./dez. 2014 – ISSN 2176-977X. Disponível em: <file:///C:/Users/paulofarah/Downloads/8666-Texto%20do%20artigo-31488-1-10-20141128.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Título original: *Law's empire*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo.

EINY, Orna Rabinovich; KATSH, Ethan. **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

_____. **The new new courts**. *AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW* [Vol. 67:165]. Disponível em: http://law.haifa.ac.il/images/NEW-NEW-CTS-FINAL-PDF_2.pdf. Acesso em: 5 jun. 20.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho**

administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPANHA. **Constituição espanhola de 1978.** Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 9 jul. 20.

_____. **Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-17235>. Acesso em: 7 jul. 20.

_____. **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.** Disponível em: http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/normativa/estatal?idContenido=432664&idLeyJunta=122123&idLeyModificacion=430393&p=1379061506503&paux=1379061506503&template=Loreg/JEC_Contentido. Acesso em: 7 jul. 20.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 6 jan. 20.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 9 maio 2020.

_____. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia - 1776.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 9 maio 2020.

EVANS, Dave. **The fundamental differences between automation and AI.** [recurso eletrônico, 2017]. Disponível em: <https://venturebeat.com/2017/10/04/the-fundamental-differences-between-automation-and-ai/>. Acesso em: 4 jun. 20.

FACELI, Katti *et al.* **Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina.** Rio de Janeiro: LTC, 2011.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso:** (oralidad, concentración, rapidez, economía). 2 ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988.

FARAH, Paulo Eduardo Huergo. **Jurisdição Plural: proposta de um modelo de governança para a sustentabilidade do exercício da jurisdição.** In: MACHADO, Marco Aurélio Ghisi *et al.*; Organizadores: Zenildo Bodnar, João Henrique Pickcius Celant, Rudson Marcos. O Judiciário como instância de governança e sustentabilidade: descobertas, dúvidas e discordâncias. Florianópolis: EMais, 2018.

FARAH, Paulo Eduardo Huergo: **Jurisdição Plural: Proposta de um modelo de governança para a sustentabilidade do exercício da Jurisdição**. in: MACHADO, Marco Aurélio Ghisi *et al.*; Organizadores: Zenildo Bodnar, João Henrique Pickcius Celant, Rudson Marcos. Florianópolis: EMais, 2018.

_____. **ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA: JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA E DA UNIÃO EUROPEIA**. [Dissertação de mestrado]. Itajaí: UNIVALI, 2015.

FERNANDES, Carol. **O que é *cloud computing*?** [recurso eletrônico - TECHTUDO]. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/03/o-que-e-cloud-computing.html>. Acesso em: 2 jun. 20.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. Tradución de Perfecto Andrés Ibáñez. Edición de Miguel Carbonell.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

FERRARA, Yasmini. **Visita ao governo da Estônia: o mais moderno do mundo**. [recurso digital - E-COMMERCE BRASIL, out. 18]. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/visita-ao-governo-da-estonia/>. Acesso em: 6 jun. 20.

FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O futuro do direito**. In: **Filosofia do Direito Contemporâneo** – Homenagem ao Professor Nicolau Apóstolo Pítsica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FINUCAN, Logan *et al.* **Smart Courts: Roadmap for Digital Transformation of Justice in Africa**. [recurso digital]. Disponível em: <https://www.accesspartnership.com/cms/access-content/uploads/2018/08/WP-Smart-Courts-Roadmap-Africa.pdf>. Acesso em: 5 jul. 20.

FIGUEIRA Jr. Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIREDO, Sara de Ramos. **As declarações de direitos e as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros na Constituição de 1824**. Revista de Informação Legislativa. Janeiro a março - 1974. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180819/000350196.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 maio 2020.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoría del derecho en tiempos de**

constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel, et al. *Colección estructuras y procesos. Série derecho*. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

FILOMENO, José Geraldo. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FINUCAN, Logan et al. **Smart Courts: Roadmap for Digital Transformation of Justice in Africa**. [recurso digital]. Disponível em: <https://www.accesspartnership.com/cms/access-content/uploads/2018/08/WP-Smart-Courts-Roadmap-Africa.pdf>. Acesso em: 8 jul. 20.

FLORENZANO, Modesto. **Sobre as origens do Estado moderno no ocidente**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n71/01.pdf>. Acesso em: 3 ago. 19.

FONSECA, João Francosco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FORBES. **As 100 marcas mais valiosas do mundo em 2019**. Por Kurt Badenhausen. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2019/05/as-100-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2019/>. Acesso em: 18 nov. 19.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. Título original: *Surveiller et punir*.

FOURQUIN, Guy. **Senhorio e feudalismo na idade média**. Lisboa: Editora 70, 1987.

FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Aconselhar, julgar, administrar**. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/pt>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. **Constituição de 1958**. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: março 2020.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 ago. 19.]

_____. **LE CONSEIL CONSTITUCIONEL. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>. Acesso em: 6 mar. 2020

FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. São Paulo: Érica, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Sociologia: introdução ao estudo dos seus princípios**. São Paulo: É Realizações, 2009.

FUX, Luiz. **Palestra sobre inteligência artificial no direito.** *In.*: Revista Conjur. **Fux mostra benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito.** [recurso digital - mar. 19]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/fux-mostra-beneficios-questionamentos-inteligencia-artificial>. Acesso em: 6 jun. 20.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais.** 1 ed. 4 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política.** São Paulo: Atlas, 2019.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização:** a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. São Paulo: Instituto Piaget, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo.** Madrid: Alianza, 1977.

GASPAR, António Henriques. **O futuro da Justiça Europeia.** Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/futurojusticaeuropeia_vicepresidentestj.pdf. Acesso em: 07 jun. 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASSEN, Valcir. **A natureza histórica da instituição do direito de propriedade.** *In.*: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito.** 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GAZETA DO POVO. **"Juiz" com inteligência artificial: software consegue julgar de modo similar a humanos.** [recurso digital, 2016]. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/juiz-com-inteligencia-artificial-software-consegue-julgar-de-modo-similar-a-humanos-0h68nf91ibfcdqhrfntflasuq/>. Acesso em: 27 jun. 20.

GAZIER, François. **A experiência do Conselho de Estado francês.** Revista Do Serviço Público, 2017, v. 41, n. 2, p. 63-67. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2127>. Acesso em: 26 dez. 19.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira, *et al.* **Introdução ao Direito brasileiro e teoria do Estado** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Unesp, 1991. Tradução de Raul Fiker.

GIL, Pedro Ortego. **Condernar ou absolver: entre os juízes de Castela e o iudex commune.** *in.*: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.** 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GOMES, Frederico Barbosa. **O modelo alemão de controle de constitucionalidade.** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 153-180, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e1ff91a8c7b5ca24065fefa82261ff0b.pdf>.

Acesso: 17 mar. 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Direito eleitoral essencial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLES PÉRES, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

GOODMAN, Richard. **Reform of the Courts & Tribunals: International Conference, Digital Courts**. [recurso digital] Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/761724/ENGLAND_AND_WALES.pdf. Acesso em: 7 jun. 20.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 6ª ed. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2010.

GOUGH, J. W. Introdução. Notas sobre o texto. In: LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre O Governo Civil**. Clube do livro liberal. Editora Vozes. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Sem cidade ou ano.

GRANDA, Murilo *et al.* **Maçonaria Brasileira Atual. Sua colaboração: Anais da 1ª Convenção Nacional do Rito Brasileiro. Diagnóstico do Poder Judiciário**. Sem dados sobre edição.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRIECO, Francisco de Assis. **O Brasil e a nova geopolítica europeia**. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel, *et al.* **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. 2 ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2016. Tradución de Héctor Fix-Fierro.

_____. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da**

Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.

HAMILTON, MADISON e JAY. **O Federalista**. Segundo tomo. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. Sem indicação de tradutor. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em: 9 maio 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. 9 ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. Título original: *A Brief History of Humankind*. Tradução de Janaína Marcoantonio.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou. Sem ano de publicação. Título original: STAATSLEHRE. Primeira edição em alemão: 1934. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta.

HITLER, Adolf. **Minha luta**. Título original: *Mein Kampf*, 1925. Disponível em: https://archive.org/details/meinkampf_minha_luta/page/n1. Acesso em: 25 set. 19.

HOBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

HOEFER, Frederick. **The Nazi Penal System**. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 35. Issue 6. Article 3. Ano de publicação do artigo: 1945. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3313&context=jclc>. Acesso em: 8 set. 19.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O Perfil dos Juiz na Tradição Ocidental: Portugal**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOVARTH JÚNIOR, Miguel Barueri. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Manole, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Produto Interno Bruto - PIB**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php#:~:text=O%20PIB%20do%20Brasil%20em,%24%201%20803%2C4%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 7 jun. 20.

JENICHEN FILHO, Artur. **Tribunal das Águas de Valência: aspectos destacados e a prevalência do princípio da oralidade**. In: ABREU, Pedro (org). **Acesso à justiça: novas perspectivas**. Florianópolis: Habitus, 2019.

JUSTO, António dos Santos. **A administração da justiça no direito romano**. In: **O**

Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. Lisboa: Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 5ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, sem ano de publicação. Título original *General Theory of Law and State*.

KNOPP, Guido. **Guerreiros de Hitler.** Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Título original: *Hitlers Krieger*. Tradução: Vivian Mannheimer.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado:** os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Título original: *Einführung in die Staatslehre*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

KRITSCH, Raquel. **Rumo ao Estado moderno:** raízes medievais de alguns de seus elementos formadores. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24625.pdf>. Acesso em: 15 ago. 19.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOCKE, John. **Segundo tratado de governo civil.** Editora Vozes. Sem cidade e ano de publicação. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa.

LUERSEN, Daniel. **Agências reguladoras: autonomia, atividade normativa, decisões e julgamentos administrativos e reflexos ante o Poder Judiciário.** Revista de doutrina TRF4. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Daniel_Luersen.html. Acesso em: 5 mar. 2020.

LUXEMBURG, Rosa. **A revolução Russa.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2017. Disponível em: https://rosaluxspba.org/wp-content/uploads/2017/11/Rosa_Luxemburgo_-_Revolucão_Russa_-_para_baixar.pdf. Acesso em: 9 set. 19.

LYNN, Bryan. **Robot Justice: The Rise of China's 'Internet Courts'.** [VOA NEWS - recurso eletrônico - dez. 19] Disponível em: <https://learningenglish.voanews.com/a/robot-justice-the-rise-of-china-s-internet-courts-/5201677.html>. Acesso em: 4 jun. 20.

MACEDO, Fausto. **O País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e assoberbados.** Jornal O Estadão. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MACHADO, JÓNATAS E. M. **Direito da União Europeia.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**. Tomo II: *Historia de las instituciones jurídico-administrativas*. 4 ed. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 2015.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Manual de história do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENA, Pedro. **Magistratura: produtividade controlada em processo virtual**. Disponível em: https://www.amb.com.br/docs/artigos/estatistica_pedromadalenapdf. Acesso em: 1 nov. 19.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial do direito**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf>. Acesso em: 7 jun. 20.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Atualizado por Miguel Alfredo Maluf Neto.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

MARINHO, Ana Paula Trindade; SALEMKOUR, Samir. *in*: COSTA, Thales Moraes da (coord). **Introdução ao direito francês**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARINHO, Fernando. **Guia de plano de continuidade de negócios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf>. Acesso em: 7 ago. 19.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de Direito da União Europeia**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2012.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O direito romano e seu ressurgimento no**

final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos, org. **Fundamentos de História do Direito.** 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional:** leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión.** Granada: Colección Femeninae, 2004.

MARX, Karl. **O capital.** Domínio público. Sem informações complementares. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000086.pdf>. Acesso em: 6 set. 19.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista.** Fonte digital, 1848. e-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>. Acesso em: 7 ago. 19.

MAULINER, Thierry. *Apud:* MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Atualizado por Miguel Alfredo Maluf Neto.

MAZIOUM, Ali. **Reserva de jurisdição:** os limites do juiz na investigação criminal. São Paulo: Matrix, 2016.

MAZOWER, Mark. **O império de Hitler:** a Europa sob o domínio nazista. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Tradução de Claudio Carina e Lucia Boldrini. Título original: *Hitler's Empire: Nazi Rule in Occupied Europe.*

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MEDEIROS, Luiz César. **O formalismo processual e a instrumentalidade: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais.** 3 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Tiago. **Big Data no Judiciário: como a análise de dados pode tornar a Justiça mais ágil.** [SAJDIGITAL - recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.sajdigital.com/tribunal-de-justica/big-data-no-judiciario/>. Acesso em: 8 jun. 20.

MENDES, Azevedo. **A organização dos tribunais e os juízes.** in: **O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.** Lisboa: Instituto de História do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura,

2007.

MERCADER UGUINA, Jesús R. ***El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica***. Valência: *Tirant lo Blanch*, 2017.

MIGALHAS QUENTES. **Juíza nega indenização a criança mordida por outra e critica: "adultos infantilizados assoberbam Judiciário"**. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/quentes/314191/juiza-nega-indenizacao-a-crianca-mordida-por-outra-e-critica-adultos>. Acesso em: 4 out. 19.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **A ação rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. *Apud*: ALMEIDA JUNIOR. Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

MONROY GÁLVEZ, Juan F. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *L'esprit des Lois*. Tradução de Cristina Murachco.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Felipe. **Transformação digital**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAIS, Izabelly Soares de *et al.* **Introdução a Big Data e Internet das Coisas**. [recurso eletrônico] Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOURA, G. de Almeida. **O Fascismo Italiano e o Estado Novo Brasileiro**. Edição eletrônica. Fonte digital. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/fascismoit.pdf>. Acesso em: 7 set. 19.

MOVILLA ALVAREZ, Claudio. **El Poder Judicial**. Madrid: Tecnos, 1986.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general**. Tomo II: Historia de las instituciones jurídico-administrativas. 4 ed. Madrid: Ministério de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, 2015.

MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades** [livro eletrônico]: as reais oportunidades de criação de valor nos negócios e os impactos no futuro do trabalho. São Paulo: *Saint Paul*, 2020.

NASCIMENTO, Luís António Noronha. **Discurso de Abertura**. in: **O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. Lisboa: Instituto de História do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007.

NEVES, Daniel. **O que foi o Tratado de Brest-Litovsk?** Disponível em: <https://guerras.brasilecola.uol.com.br/seculo-xx/tratado-brest-litovsk.htm>. Acesso em: 7 set. 19.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo (coord). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.

NILLER, Eric. **Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So**. [recurso digital - WIRED, 03/2019]. Disponível em: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Acesso em: 4 jun. 20.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

NOGUEIRA, Filipe Bastos; GUEDES, Jefferson Carús. **As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas**. Caderno de Direitos e Políticas Públicas, ISSN a obter, a. 1, v. 1, n. 1, jan/jun, 2019. p. 3. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/9522/8135>. Acesso em: 4 jun. 2020.

NUNES, castro. **Delegação de poderes**. Artigo virtual. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/12040/10960>. Acesso em: 20 maio 20.

OLIVA, Afonso Carvalho de; CRUZ, Marco A. R. Cunha. **Um estudo do caso Xuxa vs. Coogole search (REsp 1.316.921): O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/298065154/Um-Estudo-Do-Caso-Xuxa-vs-Google-Search>. Acesso em: 1 nov. 19.

OLIVEIRA, Celso Maran de. **Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis e o tribunal da água de Valência e a possibilidade de implantação no Brasil**. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, v.3, n.1, jan/jun. 2008. ISSN: 1980-1995 e-ISSN:2318-8529. DOI - 10.18838/2318. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4494>. Acesso em: jun. 20.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional** [recurso eletrônico]. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2162/1763>. Acesso em: 10 out. 19.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Banco Mundial**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>. Acesso em: 1 nov. 19.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 23 out. 19.

_____. **Fundo Monetário Internacional - FMI**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>. Acesso em: 1 nov. 19.

_____. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: jul. 20.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

OTTAWAY, Andrew. **Online dispute resolutions is coming: are we ready?** [recurso digital] Disponível em: https://www.oba.org/JUST/Archives_List/2017/August-2017/OnlineDispute. Acesso em: 15 jul. 20.

OTTO, Ignacio de. **Estudios sobre el Poder Judicial**. Madrid: *Ministerio de Justicia*. Sem ano. p. 40.

PADILHA, Lucas Wosgrau. **O que a Corte de Internet de Pequim revela sobre o futuro do Judiciário?** [Recurso eletrônico - JOTA]. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-a-corte-de-internet-de-pequim-revela-sobre-o-futuro-do-judiciario-31052020. Acesso em: 15 jun. 20.

PAPA LEÃO XIII. **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**. Santa Sé: 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 8 ago. 19.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo** [recurso eletrônico]. 4 ed. revista e ampliada. Itajaí: UNIVALI, 2013.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PAULO, Alexandre Ribas de. **O direito germânico na alta idade média**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8

ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PAZ, Eliane Hatherly. **Mein Kampf**, 2016. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/lead-producaoeditorial/wp-content/uploads/2015/08/Mein-Kampf.pdf>. Acesso em: 26 set. 19.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006. pp. 20-30. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

PEREIRA NETO, Mario. **Direito, política, economia das Comunidades Europeia**. São Paulo: Aduaneiras, 1994.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina**: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>.

PETERSEN, Tomás. **Como a análise de Big Data pode ajudar na gestão do Judiciário**. [SAJDIGITAL - recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.sajdigital.com/lab-da-justica/analise-de-big-data-judiciario/>. Acesso em: 28 jun. 20.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

_____. **Revista do Ministério Público 133 – ano 34: Sobre a repartição de Competência no Tribunal de Justiça da União Europeia**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça**. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?se>. Acesso em: 1 set. 19.

PINOCHET, Luis Hernan Contreras. **Tecnologia da informação e comunicação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. [Dissertação de mestrado] São Paulo: 2009.

PINTO, Kléber Couto. **Teoria Geral do Estado**: Fundamento do direito constitucional positivo. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Tales. **História da Revolução Russa**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/revolucao-russa.htm>. Acesso em: 9 set. 19.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do conhecimento jurídico**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

PLATÃO. **As Leis**. [RECURSO DIGITAL] Disponível em: <https://www.baixelivros.com.br/download-gratuito?leis.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**. 39 ed. México: Porrúa, 2005.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 510/2016**. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/75581788/details/maximized?sort=whenSearchable&search=Pesquisar&sortOrder=DESC&emissor=Tribunal+Constitucional&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA. Acesso em: 1 jun. 2020.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POZZOLO, Suzanna. *La concepción neoconstitucionalista de la constitución*. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2010.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A Justiça Administrativa em Resposta a: Perspectiva Comparada**. DPU Nº 61 – Jan-Fev/2015 – ASSUNTO ESPECIAL – DOUTRINA. Submissão: 01.08.2014. Decisão Editorial: 31.10.2014. Comunicação ao Autor: 31.10.2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2272/pdf>. Acesso em: 8 mar. 2020.

PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* | ISSN 2362-3667 | pp. 41-82 Año I, N.º 2 | Noviembre de 2014. p. 75. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf. Acesso em: 7 jun. 2020.

PUY MUÑOZ, Francisco. **Los derechos en el constitucionalismo histórico español**. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2002.

QUADROS, Fausto de et al. **Contencioso da União Europeia**. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2009.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como**

instrumento de garantia. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo Castro. **Reserva de Jurisdição:** sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Portuguesa, RANGEL Editora, 1997.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado:** do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2 ed. Barueri: Manole, 2019.

RABINOVICH-BERHMAN, Ricardo David. ***Como se hicieron los derechos humanos?: un viaje por la historia de los principales derechos de las personas.*** 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.

REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 2(2): 96-111 julho-dezembro 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/442>. Acesso em: 28 nov. 19.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **Introdução ao Direito Constitucional dos Estados Unidos da América.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2017.

REVISTA ÉPOCA. **Estônia quer substituir os juízes por robôs.** [recurso digital]. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>. Acesso em: 7 jun. 20.

_____. **Mundo terá 10 novas "cidades gigantes" nos próximos anos.** Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/02/mundo-tera-10-novas-cidades-gigantes-nos-proximos-anos-confira-quais-sao.html>. Acesso em: 14 nov. 19.

REVISTA SUPER INTERESSANTE. **O que foi a Revolução Russa?** Revista. Editora abril. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-revolucao-russa/>. Acesso em: 7 set. 19.

RIFKIN, Jeremy. ***La civilización empática: la Carrera hacia una conciencia global em um mundo en crisis.*** Trad. De Genís Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica geral e Brasil:** para uma filosofia antropológica do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. **Teoria geral do processo.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODAS, Sérgio. **Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas.** [recurso digital - CONSULTOR JURÍDICO - out. 2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-ia-sao-usados-robos-decidam-pequenas-causas>. Acesso em: 4 jun. 20.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O modelo constitucional alemão**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5710, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71877>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ROSS. **The intelligent legal research choice**. Disponível em: <https://www.rossintelligence.com/>. Acesso em: 7 jun. 20.

ROSA, Alexandre Morais da. **A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 02, e 259, jul/dez. 2019. p. 11. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/259/147>. Acesso em: 4 jun. 20.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: Princípios de Direito Político. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Tradução de Antônio P. Machado.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)Pensando o acesso à justiça**: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7141>. Acesso em: 27 mar. 2020.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. [Tese de doutorado] Itajaí/SC: UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. **Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos**. Madrid: Civitas, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel, et al. **Colección estructuras y procesos. Série derecho**. 4 ed. Madrid, Trotta, 2009.

SANTA CATARINA. **PROCON**. Disponível em: <http://www.procon.sc.gov.br/>. Acesso em: 7 jun. 20.

SANTOS, Alice Oliveira dos. **Cientistas franceses desvendam mistério sobre a morte de Hitler**. Artigo virtual. Disponível em: https://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pnews&component=NewsShow&view=pnewsnewsshow&cid=628&mn=71. Acesso em: 17 set. 19.

SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012.

SANTOS, Maria Carolina Alves dos Santos. **Platão e a questão da estrutura nas leis**. Boletim do CPA, Campinas, nº 15, jan./jun. 2003 - pp. 133-142. p. 140/1. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/parcerias/sbp/pdf/13-mcarolinar.pdf>. Acesso em: maio 2020.

SANTOS, Rogério Dutra dos. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SENADO FEDERAL. **Orçamento aprovado pelo Congresso para 2020 é o mais restritivo dos últimos anos**. [recurso digital - dez. 19] <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/27/orcamento-aprovado-pelo-congresso-para-2020-e-o-mais-restritivo-dos-ultimos-anos>. Acesso em: 7 jun. 20

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. Barueri: Manoele, 2005.

SILVA, Carlos Roberto da. **A possibilidade da concretização da função social do Estado contemporâneo com a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos na jurisdição brasileira**. [tese de doutorado] Itajaí/SC: UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, 2015. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carlos%20Roberto%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: jun. 20.

SILVA, Enio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 213. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 5 set. 19.

SILVA, Fabrício Machado da *et al.* **Inteligência artificial**. [recurso eletrônico] Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. rev. e atua. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro "juiz robô" do mundo**. [recurso digital - abr. 19]. Disponível em: <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo-136099/>. Acesso em: 22 jun. 20.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada** Lisboa: Almedina, 2013.

SILVESTRE, Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. **O Papel do Google na Eficácia do Direito ao Esquecimento - Análise Comparativa Entre Brasil e Europa**. Revista de Direito Privado, 2016, RDPRIV VOL. 70 (OUTUBRO 2016). DIREITO DE PERSONALIDADE. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.05.PDF. Acesso em: 3 nov. 19.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOPRANA, Paula. **Os computadores são racistas?** [recurso digital - Revista Época, maio 16]. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/05/maquinas-viraram-racistas.html>. Acesso em: 6 jun. 20.

SOUSA, Rainer. **Fascismo na Itália**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/fascismo.htm>. Acesso em: 23 set. 19.

SOUZA, André Pagani de, *et al.* **Teoria geral do processo contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA, Marcos Antônio de. **O direito hebraico antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

STERN, Ana Luiza Saramago. **O caso Marbury v. Madison**: o nascimento do *judicial review* como artifício político. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016. ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1.778.346-SP**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1818187&num_registro=201802964791&data=20190503&formato=PDF. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. **Recurso Especial n. 1.316.921. Maria da Graça Xuxa Meneguel vs. Google Brasil Internet LTDA**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>. Acesso em: 1 nov. 19.

_____. **Relatório de Gestão 2018-2019**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portallp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 jun 20.

SUPREME PEOPLE'S COURT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINE. **China's top court releases white paper on internet judiciary**. [Recurso eletrônico]. http://english.court.gov.cn/2019-12/04/content_37527763.htm. Acesso em: 9 jun. 20.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator Min. Marco Aurélio. rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 31-7-2008, DJE de 14-8-2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 5 abr. 2020.

_____. **China posts top court's judgments online**. Clipping digital]. Disponível em: https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfNoticia_pt_br&idConteudo=242751. Acesso em: 4 jul. 20.

_____. **HC 94.000**, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-6-2008, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580953>. Acesso em: 13 abr. 202.

_____. **HC 100.299**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-2-2010, Primeira Turma, DJE de 5-3-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609015>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. **Entenda o Plenário Virtual do STF**. Disponível em: https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=337069. Acesso em: 27 jun. 20.

_____. **Medida cautelar em ADI 6457/DF**. Liminar Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. **MS 23452/RJ**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/09/1999. Publicação: 12/05/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. **MS n. 23868-2/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86042>. Acesso em: 7 jun. 2020.

_____. **Sobre a repercussão geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGer al&pagina=apresentacao>. Acesso em: 1 jun. 2020.

_____. **RE 430.105**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2228314>. Acesso em: 7 jun. 2020.

_____. **RE 593.727-MG.** Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>.
 Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. **RE 646.313.** Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7450363>.
 Acesso em: 1 jun. 2020.

_____. **Reclamação 2.040 QO.** Rel. min. Néri da Silveira, j. 21-2-2002, P, DJ de 27-6-2003. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. **Reclamação 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739.

_____. **Referendo em medida cautelar em mandado de segurança 27.483-2-DF.** Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553771>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. **Regimento Interno.** Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>.
 Acesso em: 4 fev. 20.

_____. **Súmulas.** Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SUSSKIND, Richard. ***Online Courts and the Future of Justice***. Oxford: Oxford University Press, 2019.

_____. **Richard Susskind: My case for online courts.** [recurso eletrônico - Legal Cheek - dez. 19]. Disponível em: <https://www.legalcheek.com/2019/12/richard-susskind-my-case-for-online-courts/>. Acesso em: 10 jun. 20.

_____. ***The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal***. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STAROBINSKY, Jean. **1789: os emblemas da razão**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1988. p. 44/5.

STOLLEIS, Michael. **O Perfil do juiz na Tradição Europeia. in: O Perfil do Juiz na Tradição Oriental**. Lisboa: Instituto de História do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Conselho Superior da Magistratura, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal' 700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. in: Revista Brasileira de Direito Processual RBDpro nº 75. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/30947704/revista-brasileira-de-direito-processual-rbdpro-n-75/37>. Cesso em: 12 out. 19.

TAVARES, André *et al.* **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TECHNODE. **Briefing: China looks to build 'smart courts' with AI**. [recurso eletrônico - TECHNODE, jan, 19]. Disponível em: <https://technode.com/2019/01/28/china-smart-courts-ai/>. Acesso em: jun. 20.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 0, nº 13, 15 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/148-artigos-ago-2000/6175-jurisdicao>. Acesso em: 26 out. 19.

TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THALMANN, Rita. **A República de Weimar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

THE ATLANTIC. **A Popular Algorithm Is No Better at Predicting Crimes Than Random People**. [recurso digital - jan. 18]. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/>. Acesso em: 6 jun. 20.

THE NEW YORK TIMES. **Wrongfully Accused by an Algorithm**. [recurso digital - 24/06/20] Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html>. Acesso em: 2 jul. 20.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 51 ed. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TIGAR, Michel E.; LEVY, Madeleine R. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

TOCO, Leonardo. **Blockchain no Judiciário – veja o que já é realidade e projetos futuros**. [recurso digital - JUSBRASIL]. Disponível em: <https://ldsoft-propriedade->

intelectual.jusbrasil.com.br/artigos/623255838/blockchain-no-judiciario-veja-o-que-ja-e-realidade-e-projetos-futuros. Acesso em: 9 jun. 20.

TOHARIA CORTÉS, José Juan; CRUZ HERRERO, Juan José García de la. **La Justicia ante el espejo**: 25 años de estudios de opinión del CGPJ. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

THE TECHNOLAWGIST. **Estonia se prepara para tener 'jueces robot' basados en inteligencia artificial**. [recurso digital - junio 12, 2019]. Disponível em: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 3 jul. 20.

TORRES, Jasson Ayres. **Acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Annual report 2019. Judicial activity**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/qd-ap-20-001-en-n.pdf>. Acesso em: 4 jul. 20.

_____. **Apresentação geral**. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. **Caso Bosh vs. França. Processo 13/61**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61961CJ0013&from=EN>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. **Caso González vs. Google Spain**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>. Acesso em: 1 nov. 19.

_____. **União Europeia**. Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Acesso em: 16 jun. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **RADAR**. [recurso digital] Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XuxRCcB7ncs>. Acesso em: 6 jun. 20.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. **Sinapses: Como a Inteligência Artificial pode revolucionar o Judiciário**. [recurso digital - nov. 19]. Disponível em: <https://tjro.jus.br/gestaodepessoas/infomes/1112-sinapses-como-a-inteligencia-artificial-pode-revolucionar-o-judiciario>. Acesso em: 5 jun. 20.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **100% digital**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/>. Acesso em: 27 jun. 20.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Brudnicka and Others vs. Poland**. Estrasburgo: 30 março 2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2254723/00%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78989%22%5D%7D>}. Acesso em: 8 mar. 2020.

_____. **Oleksandr Volkov vs. Ucrânia**. Estrasburgo: 30 maio 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1J2UjHc>. Acesso em: 26 mar. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Urna eletrônica**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/urna-eletronica/urna-eletronica>. Acesso em: 29 jun. 20.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TURCI, Érica. **Facismo italiano - contexto histórico - A crise italiana e o Fascio de Combate**. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/facismo-italiano---contexto-historico-a-crise-italiana-e-o-fascio-de-combate.htm>. Acesso em: 9 set. 19.

_____. **Fascismo italiano - Segunda Guerra Mundial**. Artigo digital. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/facismo-italiano---segunda-guerra-mundial-declinio-republica-de-salo-e-derrota.htm>. Acesso em: 5 set. 19.

ULRICH, Volker. **Adolf Hitler: os anos de ascensão: 1889-1939**. Barueri, SP: Amarilys, 2015. Título original: *Adolf Hitler: band: Die Jahre des Aufstiegs 1889-1939*. Vários tradutores.

UNESCO. ***Irrigators' tribunals of the Spanish Mediterranean coast: the Council of Wise Men of the plain of Murcia and the Water Tribunal of the plain of Valencia***. [recurso eletrônico] Disponível em: <https://ich.unesco.org/en/RL/irrigators-tribunals-of-the-spanish-mediterranean-coast-the-council-of-wise-men-of-the-plain-of-murcia-and-the-water-tribunal-of-the-plain-of-valencia-00171>. Acesso em: 8 jul. 20.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. **Do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:C2012/326/01>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. **Regulamento (UE) 2016/679**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016; relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: fev 21.

_____. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm. Acesso em: 15 jun. 2015.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **O computador que faz sinapses**. Artigo publicado em 31 de março de 2017. Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/o-computador-que-faz-sinapses/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

UNITED KINGDOM. **The HMCTS reform programme**. [recurso digital] Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/the-hmcts-reform-programme>. Acesso em: 17 jun. 20.

U.S. SUPREME COURT. **Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168 (1880)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/103/168/>. Acesso em: 21 nov. 19.

_____. **Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 20 maio 2020.

VALOR ECONÔMICO. **Tribunais elevam produção com teletrabalho e julgamentos virtuais**. [recurso digital - 23/04/2020]. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/23/tribunais-elevam-producao-com-teletrabalho-e-julgamentos-virtuais.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 20.

VASCONCELOS, Clever. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. **O Estado de Direito e o Poder Judiciário**: relato de uma migração conceitual. *In*: Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p153.pdf. Acesso em: 21 set. 19.

VEIGA, Edison. **Os três meses mais terríveis da Segunda Guerra, quando foram mortos 25% de todos os judeus do Holocausto**. Artigo virtual. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46735876>. Acesso em: 16 set. 19.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos, organizador. **Fundamentos de História do Direito. Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VERCAUTEREN, Pierre. **Do “Consenso de Washington” ao “Consenso de Seul”**: Qual o papel do Estado na governança?. Revista Estudos Políticos: a publicação eletrônica semestral do Laboratório de Estudos Hum(e)anos (UFF) e do Núcleo de Estudos em Teoria Política (UFRJ). Rio de Janeiro, Vol. 5, N. 1, pp. 53 – 73, dezembro 2014. Disponível em: <http://revistaestudospoliticos.com/>. Acesso em: 7 nov. 19.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 2 v. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. Disponível em:

<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-m-economia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 19.

_____. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011. Tradução de Marsely De Marco Martins Dantas.

WEFFORT, Francisco C. org. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13 ed. São Paulo: Ática, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos, org. **Fundamentos de História do Direito**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

XINHUANET. **China reforms judicial courts using internet technologies: white paper**. [recurso eletrônico, XINHUANET. 17 jun. 20]. Disponível em: http://www.xinhuanet.com/english/2019-12/05/c_138605955.htm. Acesso em: 20 jun. 20

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. **Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal**. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 7, n. 01, p. 383-397, dez. 2010. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/571>. Acesso em: 9 set. 19.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016. Título original: *Allgemeine Staatslehre politikwissenschaft*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco.

ZOU, Mimi. **'Smart Courts' in China and the Future of Personal Injury Litigation**. [Recurso eletrônico - Universidade de Oxford – mar. 20]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552895. Acesso em: 20 jun. 20.