

O JUIZ E A HISTÓRIA

Hugo Otávio Tavares Vilela[†]

Resumo: Preconiza-se quão necessário é que os juízes, como parte de sua formação multidisciplinar, empenhem-se por estudar História. Tal conhecimento do passado, especialmente do passado dos fatos, das idéias, das leis e do próprio Judiciário, habilitará o magistrado a enxergar a realidade à sua volta com outros olhos. Além disso, o estudo da história sensibiliza o juiz para a necessidade de que contribua para a preservação da memória dos atos judiciais.

Palavras-chave: juiz – História – formação – multidisciplinaridade.

Abstract: This article is intended to stress how it is that judges, as part of their multicentered education, turn some effort to the study of History. Such knowledge of the past, especially the past of facts, ideas, laws and the Judiciary itself shall enable the judge to conceive reality in a new way. Besides, the study of History shall enhance judges' awareness to the importance or their role in keeping the memory of judicial acts.

Keywords: judge – History – education – multicentricity.

1 – JUÍZES BUSCANDO O PASSADO.

[†] Juiz federal - 1ª Região, Brasil. Integrante do Fórum Nacional de Saúde promovido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Professor colaborador da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região – Brasília. Professor da Escola Superior da Magistratura de Goiás – ESMEG. Mestre em direito.



em *District of Columbia v. Heller* (2008) e *McDonald v. City of Chicago* (2010), afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos que o teor normativo da segunda emenda à constituição norte-americana - justamente a emenda que prevê o direito de possuir e portar armas - deve ser determinado por estudo histórico que permita estabelecer como a norma tem sido compreendida ao longo do tempo. Tais julgados vêm deixando os juristas americanos em apuros. A norma hoje contida na segunda emenda já era vigente antes mesmo da independência americana, por aplicação da lei inglesa à colônia. Por isso, há juristas americanos defendendo que a digressão chegue ao período colonial, com o exame de julgados das cortes inglesas datados do século XVII, ou antes. Há também quem pense que o estudo preconizado pela corte não se deva fazer apenas sobre precedentes judiciais. Principalmente, seria um estudo sócio-jurídico sobre a maneira pela qual a população, e não só os tribunais, viram entendendo esse direito pelo tempo¹.

No Brasil, várias são as ocasiões em que a lei impele os juristas à história. O art. 231 da Constituição Federal de 1988 protege os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Já o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante aos remanescentes dos quilombos propriedade das terras que ocupam. Em ambos os casos, para determinar os limites das terras indígenas e das comunidades negras, e para determinar quais comunidades negras são de fato remanescentes dos núcleos de resistência à escravidão - os quilombos - é necessário que o jurista se embrenhe em documentos e pesquisas históricas às quais não está habituado, nem foi treinado.

Entretanto, mesmo quando a lei não o exige explicita-

¹ Para uma rica discussão sobre esses precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: MILLER, Darrell A.H. [Text, History, and Tradition: what the Seventh Amendment can teach us about the Second]. [*The Yale Law Journal*]. Volume 122. Número 4. New Haven: Connecticut: Yale Law School, jan. 2013.

mente, é salutar que os operadores do direito, sobretudo quem dará a palavra final sobre as questões, aproxime-se do passado. Ele nos reserva imensas surpresas que, em alguns momentos, confirmarão nossas convicções por evidências cuja existência desconhecíamos. Porém, em outros momentos, produzirão perplexidade.

2 – A MECÂNICA DA LEMBRANÇA

Por mais valiosos que sejam, registros tendem a ser esquecidos se não forem encadeados em narrativa fluida e coerente. A memória humana tende a esquecer fatos que não figurem dentro de enredos, estórias que o pensamento vai criando e contando para si próprio. Essas estórias são chamadas de esquemas pelos neurologistas². Sem elas, armazenados isoladamente, a tendência é que os arquivos se percam.

O mesmo vale para a história. Por alguma razão, resistem melhor ao tempo os fatos que constam de relatos que não são puramente registros, mas contos. O autor desses contos, o historiador, não apenas colige fatos. Ele os liga, e ligação não é o mesmo que adição³. Contar é engenhoso.

Para compor seu relato, dar-lhe inteireza e alguma coerência, o historiador acaba por dar maior destaque a alguns fatos em detrimento de outros. É também freqüente que fatos inteiros fiquem fora da estória. Lamentável, sem dúvida, mas não se pode dirigir impiedade aos historiadores todas as vezes em que isso acontecer. Sua função não é só de registrar cada fato, mas sobretudo de explicar as relações de causa e efeito

² FOSTER, Jonathan K. *Memória*. Tradução de Camila Werner. Porto Alegre: L&PM, 2011. pág. 77.

³ Sobre essa afirmação de que história é um exercício de ligação, há um interessante comentário de Michael Löwy acerca de outro intelectual judeu, Gershom Scholem: “É característica de sua atitude que ele definisse a história como *religio* no sentido etimológico de *ligação* (com o passado)” (LÖWY, Michael. *Judeus heterodoxos*. Tradução de Marcio Honorio de Godoy. São Paulo: Perspectiva, 2012. pág. 145.

entre eles. Para isso, vêm-se premidos a fazer escolhas:

“Seu êxito, porém, depende não apenas de sua precisão, mas também de sua estrutura. A narrativa histórica tem de tornar plausíveis e compreensíveis os eventos que descreve. A História é [...] um empreendimento explicativo, [...]. (Thomas Kuhn)”⁴.

Contanto que se prenda, o quanto possível, à verdade factual, o que se mede pela quantidade de elementos dissonantes deixados no relato, que permitam ao leitor desconfiar da linha narrativa adotada, não se pode desclassificar o historiador a ficcionista por não ter retratado com crueza o caos que presenciou. Por esse critério, não haveria historiadores no mundo, pois é impossível retratar a inteireza do caos sem cair nele⁵. Só haveria registradores de fatos isolados.

O problema ocorre quando, a pretexto de fazer relato histórico, produz-se um escrito ideológico. Nesses casos, por não domar sua subjetividade, o historiador permite que se confundam nele as figuras do *histor* e do *retor*. Infelizmente, essa confusão acontece com frequência, conforme a observação de François Dosse: “Embora tenha se emancipado aos poucos de suas origens literárias, a história sempre esteve ligada, de maneira mais ou menos acentuada, à retórica”⁶.

Pior é quando não sabemos ao certo se, e até que ponto, teria havido tal confusão. Dessa incerteza, há ilustre exemplo no direito: as interpolações no *Corpus Iuris Civilis*, o Código de Justiniano. O Código, cuja edição definitiva se deu em 529 E.C.⁷, consolidou a imensa produção jurídica romana ao longo

⁴ KUHN, Thomas. *A tensão essencial: estudos sobre tradição e mudança científica*. Tradução de Marcelo Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2011. pág. 29.

⁵ “Além da busca da verdade o que leva o gênero histórico a se dissociar da ficção, é a uma busca de explicação para o caos, a uma tentativa de ordenação explicativa que se entregam os historiadores desde a Antiguidade.” (DOSSE, François. *A história*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 1ª edição. São Paulo: Unesp, 2012. pág. 41).

⁶ DOSSE. op. cit. pág. 93.

⁷ Cf.: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14ª edição, corrigida e

de séculos. Para fazê-lo, entretanto, a comissão encarregada pelo imperador Justiniano alterou textos dos legisladores e juristas romanos anteriores, principalmente do período clássico. Nesse trabalho de edição, parecem ter sido inseridos alguns conteúdos que não estavam nos textos originais. Essa interferência nos textos é admitida pelo próprio imperador, na introdução que escreveu ao Digesto, um dos livros do Código:

“Nossa primeira providência consistiu em começar pela obra dos eminentíssimos príncipes que nos antecederam, emendando suas constituições [leis] e lhes conferindo clareza. Reunidas em um só código, e purgadas de supérfluas repetições e de divergência inócuas, [...]. [...] deixando de lado questões mais sutis e de pouca importância, propusemo-nos chegar à plena e total emenda das leis, reunir e corrigir toda a literatura jurídica romana [...].”⁸

Muito pode ser dito em defesa da comissão: não estavam fazendo história, mas legislando⁹; os textos que chegaram até eles já estavam bastante alterados¹⁰; as modificações que introduziram não ultrapassaram o que se pode chamar “licença histórica”, isto é, a margem de razoabilidade do historiador para preencher claros, dando vida a documentos já muito fragmentados. De todo modo, a inocência ou não da comissão que elaborou o Código de Justiniano é questão que tende a permanecer sem solução.

Uma coisa, entretanto, parece certa: podemos passar a história a limpo. Voltando à memória humana, estudos com-

umentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pág. 50.

⁸ *Corpus Juris Civilis. Digesto – livro I*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região - ESMAR, 2010. págs. 15-16.

⁹ “Para que os *iura* e as *leges* constantes no *Corpus Iuris Civiles* pudessem ter aplicação na prática, foi preciso, muitas vezes, que o compiladores fizessem substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos juriconsultos clássicos ou nas constituições [leis] imperiais antigas.” (MOREIRA ALVES, op. cit. pág. 51).

¹⁰ MOREIRA ALVES, op. cit. pág. 52. nota 25.

provam que, de quando em quando, geralmente por necessidade, mas às vezes por simples apego a verdade, as pessoas revisam a crônica mental de suas lembranças. Isso exige bastante esforço, pois é mais fácil recontar-se o mesmo conto de sempre. Porém – as pesquisas o demonstram - é possível a cada um repassar e, eventualmente, corrigir a narrativa que se escreveu¹¹.

Com as nações ocorre o mesmo. De vez em quando, concluem que o relato de seu passado não está conforme e põem-se a revisá-lo. Como exemplo, tem-se no Brasil a Comissão Nacional da Verdade, criada por lei em 2011, “com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [1946 a 5 de outubro de 1988], a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”¹². Tal iniciativa brasileira se inspirou na Comissão da Verdade e Reconciliação, criada na África do Sul para apurar o que aconteceu durante o período do *apartheid*¹³.

Enfim, vão as pessoas e os povos a elaborar e revisar sua crônica, e convém que os juízes acompanhem esses relatos. Nesse esforço, os magistrados devem estar atentos a cada elemento, principalmente para a história: dos fatos; das idéias; das leis; do próprio Judiciário; do futuro.

3 – NO PRINCÍPIO, ERA O FATO

¹¹ OSWALD, Margit E. GROSJEAN, Stefan. [Confirmation bias]. In: POHL, Rüdiger (Editor). [*Cognitive Illusions – a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*]. Edição Kindle. Hove, Reino Unido; Nova Iorque, NY: Psychology Group – Taylor and Francis Group, 2004. pág. 93.

¹² Art. 1º da Lei n. 12.528, publicada a 18 nov. 2011.

¹³ Para uma apreciação sobre a possível responsabilidade de juízes sul-africanos por abusos cometidos no período do *apartheid*, e sua apuração pela Comissão da Verdade e Reconciliação: DYZENHAUS, David. [*The constitution of law – legality in a time of emergency*]. Cambridge University Press: 2006. págs. 20-35.

Conforme pondera Agostinho¹⁴, o presente é um finíssimo intervalo na reta do tempo. Assim, quando o processo chega ao juiz já se passaram meses, anos, décadas e, em alguns casos, séculos desde os acontecimentos que lhe deram ensejo. Por isso, o que busca o juiz se esconde em algum desvão do passado, às vezes muito longínquo. E o que busca o juiz são os fatos. Só depois de apurados os fatos, começarão as divagações acerca da norma aplicável, e de como aplicá-la. Se inverter as fases, o juiz construirá castelos no ar, razão pela qual já se recomendava na antiga Índia que o juiz dissesse o direito só depois de ter apurado os fatos (Código Gautama, 11, 22)¹⁵

Sobretudo, não pode o juiz optar por desconhecer os fatos, o que seria exercício de uma faculdade que não detém. Se, por exemplo, chegar ao magistrado brasileiro um processo concernente às terras da etnia caiapó, não lhe será dado ignorar uma série de informações acerca desse povo. No dias de hoje vivendo, principalmente, no alto de Mato Grosso e no Pará, a etnia caiapó é parte da nação jê, antigamente conhecida como tapuia¹⁶. Quando da chegada dos europeus ao Brasil, pouco da nação jê ainda habitava a costa, expulsos que haviam sido pela

¹⁴ “Sendo assim, o tempo presente, o único que pensávamos poder chamar longo, está reduzido apenas ao espaço de um dia. Mas, se examinarmos atentamente também este dia, chegaremos à conclusão de que nem a duração de um dia é toda ela tempo presente. O dia e a noite compõem-se de vinte e quatro horas, entre as quais a primeira tem as outras todas como futuras, e a última tem a todas como passadas. E em relação a qualquer hora intermediária, algumas são passadas, outras são futuras. E essa mesma hora é composta de fugitivos instantes: o que se foi é passado, o que ainda resta é futuro. Se pudermos conceber um espaço de tempo que não seja suscetível de ser dividido em minúsculas partes de momentos, só a este podemos chamar tempo presente. Esse, porém, passa tão velozmente do futuro ao passado, que não tem nenhuma duração. Se tivesse alguma duração, dividir-sai em passado e futuro. Logo, o tempo presente não tem extensão alguma. [...]” (AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. 19ª edição. São Paulo: Paulus, 2006. XI livro. Item 20. págs. 340-341).

¹⁵ [*Dharmasutras – The Law Codes of Ancient India*]. Tradução de Patrick Olivelle. Edição Kindle. Oxford University Press, 1999]. Código Gautama, 11, 22. pág. 96

¹⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação do Brasil colonial*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. pág. 116.

nação tupi, em suas duas grandes facções: tupinambá e tupiniquim¹⁷. Posteriormente, com a chegada dos europeus¹⁸, a situação de fuga dos tapuia para o interior tornou-se mais dramática, conforme o seguinte relato: “Havia, portanto, à chegada dos europeus, uma extensa frente de conflito indígena opondo tupis e jês, com esse últimos recuando para o sertão. Quando portugueses e franceses instalaram-se no litoral, precisaram aliar-se às tribos tupis que o dominavam. Em conseqüência, todos os brancos tornaram-se indistintamente inimigos dos jês, [...]”¹⁹. Assim, correram os tapuias para o interior. Fugiam, entre outras coisas da escravidão, que seguia a pleno vapor, apesar de certo esforço da Coroa Portuguesa por controlá-la, conforme se entende da Lei de 20 de março de 1570, de Dom Sebastião, e da Lei de 11 de novembro de 1595 de Felipe I²⁰. Já em meados do século XVIII, conforme registros que tratam especificamen-

¹⁷ “Desde a Paraíba do Norte até São Vicente ao Sul, o litoral estava ocupado por povos falando a mesma língua, procedentes da mesma origem, tendo os mesmo costumes, porém profundamente divididos por ódios inconciliáveis em dois grupos; a si próprio um chamava Tupiniquim, e outro Tupinambá”. ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial*. 7ª edição anotada e prefaciada por José Honório Rodrigues. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Publifolha, 2000. pág. 59.

¹⁸ Como nota histórica, cabe destacar que a disputa entre franceses e portugueses, que tanto desestabilizava a já instável relação entre as nações indígenas, não se limitou ao litoral. Entre 1616 e 1623, exploradores portugueses encontraram uma fortaleza francesa onde hoje é o município de Tucuruí, no Pará, distante 480 km da atual capital Belém, situada na costa. Para esse fato: BERTRAN, Paulo. *História da terra e do homem no planalto central: eco-história do Distrito Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 2011. pág.124.

¹⁹ WEHLING e WEHLING, op. cit. pág. 116.

²⁰ Para uma análise pormenorizada de ambas as leis: NORONHA, Ibsen José Casas. Coimbra: Almedina, jul. 2008. pp. 157-166; 191-192. Entretanto, necessário ressaltar que as referidas leis não ajudavam a conter a escravização dos jês, por uma razão simples. Ambas continham, como exceção à regra que proibia escravizar índios, a hipótese de guerra justa. Segundo essa hipótese, os índios feitos prisioneiros em combate considerado justo podiam ser escravizados. Ocorre que os jês estavam sempre em guerra contra os portugueses e seus aliados tupiniquins, e não há notícia de os portugueses da altura terem considerado sua guerra injusta. Portanto, os jês caíam sempre na exceção, onde também caía boa parte dos tupinambás, que se aliavam aos franceses. Para um exame do texto original de ambas as leis: NORONHA, op. cit. págs. 237-238; 245-246.

te dos caiapós, seu território chegava à região do Triângulo Mineiro e ao Mato Grosso do Sul, passando por Goiás e pelo que é hoje o Distrito Federal²¹. O limite de suas terras, portanto, há pouco menos de duzentos e cinquenta anos atrás, estava há milhares de quilômetros de onde está. Sua terra era muitas vezes maior.

Enfim, poderia o magistrado brasileiro ignorar tudo isso? A resposta é negativa. O que lhe cabe, com base na lei, é determinar quais são os efeitos jurídicos dos fatos. Pode até mesmo concluir que os interesses de um grupo não prevalecem ante o interesse da coletividade maior. Mas ignorar os fatos, uma vez que lhe sejam apresentados no processo, não lhe será lícito, conforme o art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro²².

4 – A SOLIDEZ ENGANOSA DAS IDÉIAS

Se estão acostumados – e estão – a se depararem com surpresas na apuração dos fatos, os juízes esperam maior estabilidade ou, pelo menos, previsibilidade no campo das idéias. Infelizmente, também aí vão encontrar surpresas.

Tome-se de exemplo o princípio contratual da boa-fé. Difícil imaginar um princípio mais consagrado, até mesmo por povos de tradição oriental. Pode-se encontrá-lo no art. 6º da Lei Geral dos Contratos da República Popular da China²³, ou na lei

²¹ BERTRAN, Paulo. *História da terra e do homem no planalto central: eco-história do Distrito Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 2011. pág. 85.

²² Art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes do autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

²³ CHINA, República Popular da. Lei Geral dos contratos. [*Contract Law of the People's Republic of China*]. Promulgada em 15 de março de 1999. Tradução para o inglês de Lucy Wang. Edição Kindle, 2013.

islâmica, a *Shari'ah*²⁴. Assim, seria de se esperar que sobre ele houvesse um pesado e remansoso consenso. Entretanto, e voltando à tradição romana do direito, veja-se o que afirmou Cícero sobre o princípio da boa-fé (Das obrigações, livro 1, item 23):

“O fundamento da justiça é a boa-fé, que significa que devemos verdadeiramente cumprir nossas palavras e pactos. Desse modo, e embora alguns possam achar isso difícil de aceitar, imitemos os estóicos em sua zelosa busca por etimologias, e aceitemos que boa-fé (*fides*) é assim chamada porque o que é prometido se torna fato (*fiat*)”.²⁵

Ninguém nega que cumprir a palavra seja parte essencial do que se entende hoje por boa-fé. Entretanto, a noção atual desse conceito é bem mais ampla. A definição dada por Cícero acaba soando, aos ouvidos de hoje, como um perfeito enunciado de outro princípio, o *pacta sunt servanda*. Então, o que aconteceu? Cícero se enganou? Talvez, segundo algumas opiniões²⁶. No entanto, existe uma hipótese mais plausível: ao longo do tempo, elaboramos tanto sobre a idéia original que, por fim, acabamos nos desgarrando da raiz romana²⁷.

A boa-fé não chega a ser consenso nem mesmo dentro da Europa. Os britânicos, embora aceitem e apliquem o princípio em algumas matérias, como direito do consumidor, por força

²⁴ Cf.: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. [*Redfern and Hunter on international arbitration*]. Versão para estudantes. Oxford University Press, 2009. pág. 225.

²⁵ [Tradução do autor] CICERO. *Das obrigações* [*On obligations*]. Nova tradução para o inglês por P. G. Walsh. Oxford University Press, 2008. livro I, item 23, pág. 10.

²⁶ Para a hipótese de Cícero ter cometido um erro na passagem transcrita, inclusive na análise etimológica das palavras, são valiosos os comentários de P. G. Walsh: CICERO, op. cit. pág. 132.

²⁷ A noção de boa-fé é, na verdade, anterior aos romanos. Já no Código de Hamurábi, de cerca de 1800 a. E.C., essa noção aparece no art. 11, através de sua configuração negativa: a má-fé. Cf.: EDWARDS, Chiperic. [*The Hammurabi Code*]. Edição Kindle, revisada e anotada por M. F. Evans. Paean Books, 2011. pos. 348.

de legislação da União Européia, ainda resistem à sua adoção plena, conforme a lição de P. S. Atiyah:

“[...] não há dever geral de boa-fé para a elaboração de contratos sob a lei inglesa. [...] juízes ingleses desconfiam de princípios jurídicos muito vagos. [Na Inglaterra] entende-se que o estado de direito exige dos indivíduos (e empresas) que determinem antecipadamente, com razoável grau de precisão, o alcance dos deveres jurídicos a que se comprometem, e isso é considerado impossível no caso de deveres legais abertos como a da boa-fé”²⁸.

Saindo do tema contratual, o que diria o leitor se lhe dissessem que constitucionalismo e democracia são idéias antagônicas? Pode soar estranho, mas por muito tempo, entendeu-se que eram incompatíveis. A questão é bem explicada por Jürgen Habermas:

“De acordo com a concepção clássica, as leis de uma república expressavam a vontade *ilimitada* de seus cidadãos. Não importava o quanto a lei refletisse o *ethos* prevalente na vida política, esse *ethos* não representava qualquer limitação à lei, que se considerava válida se aprovada pelo processo padrão de formação de vontade popular [processo legislativo]. Já o princípio de que o poder deve ser exercido conforme uma constituição parecia trazer limitações à autodeterminação soberana do povo”²⁹.

A palavra “clássica” na explicação de Habermas pode levar o leitor a entender que a percepção de antagonismo entre democracia e constitucionalismo só ocorreu em tempos muitos

²⁸ [Tradução do autor] ATIYAH, P. S.; SMITH, Stephen A. [*Atiyah's Introduction to the law of contract*]. 6ª edição. Oxford University Press, 2005. pág. 164.

²⁹ [Tradução do autor] HABERMAS, Jürgen. [*Time of Transitions*]. Edição e tradução por Ciaran Cronin e Max Pensky. Cambridge, Reino Unido; Malden, Massachusetts: 2008. pág. 113.

remotos. Todavia, na Inglaterra, ainda há quem defenda a existência desse antagonismo, com base no trabalho do jurista britânico Albert Van Dicey, elaborado em 1885 e que pode ser assim explicado:

“A constituição inglesa, portanto, por definição, enquanto centrada na soberania do Parlamento, não pode prever nenhum elenco de direitos fundamentais intangíveis. A soberania do Parlamento é, segundo Dicey, incompatível com a existência de um pacto fundamental que defina as competências de *qualquer* autoridade. Não existe nenhum limite ao poder legislativo do Parlamento, não existe *a fortiori* nenhum órgão que possa declarar nula uma norma legislativa por esta ter violado os princípios constitucionais e em particular os direitos fundamentais dos cidadãos”³⁰.

Na verdade, por todo o século XIX e boa parte do século XX predominava essa noção de antagonismo. Por tal razão, a maioria das constituições editadas à época tentou conciliar as duas idéias, mas com relevo para o parlamento. Isso aconteceu na primeira constituição brasileira, de 1824 que, embora tenha estabelecido um rol de direitos fundamentais (art. 179) deixava claro que o poder de guardar a constituição e interpretar as leis cabia ao parlamento (art. 15, incisos VIII e IX). Embora esta disposição da constituição brasileira de 1824 possa causar estranheza aos ouvidos constitucionalistas de hoje, sua vigência tornou possíveis alguns fenômenos jurídicos de extrema importância para o Brasil. O principal deles foi a Lei Imperial n. 3.353 de 13 de maio de 1888, a Lei Áurea, que extinguiu a escravidão. Essa norma, que tinha nítido teor constitucional, pois mudava, da noite para o dia, o status jurídico de aproximada-

³⁰ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pág. 218.

mente vinte por cento da população³¹, foi veiculada por lei ordinária, justamente por se entender que cabia ao parlamento interpretar a constituição³². Muitos constitucionalistas atuais diriam que, se fosse hoje, a veiculação de tal norma só seria possível por emenda à constituição.

Mudando de tema, e voltando ao cenário internacional, cumpre notar que já se enxergou, e ainda se enxerga, bastante diferença entre estado de direito e democracia. É o que aponta Tim Koopmans. O eminente professor holandês, embora ressalte ser clara a experiência histórica de que ambas as idéias devam andar lado a lado, também ressalta que “As cortes não existem para sustentar a democracia. Em certo sentido, existe até uma contradição entre os conceitos de democracia e estado de direito: aquele se baseia na lei da maioria, enquanto este se baseia na proteção do indivíduo”³³. Tendo isso em vista, quando um pesquisador chinês propõe que seu país superará o modelo ocidental de democracia representativa, construindo um futuro pós-democrático com base na legitimidade popular expressada por meios outros que não o voto³⁴, tal proposta deve ser ouvida com grande desconfiança, porque vai contra a experiência histórica. Contudo, não se poder negar ser possível, em tese, a construção de um estado de direito sem democracia³⁵.

³¹ “Mais de 700 mil escravos, em sua maioria localizados nas províncias de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, foram assim, do dia para a noite, transformados em homens livres”. (COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 9ª edição. São Paulo: Editora Unesp. pág. 10.

³² A constituição brasileira de 1824 caracterizava-se, também, por atribuir ao parlamento o poder de definir o que seria matéria constitucional para fins de alteração de seu texto. Nesse sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. *A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988*. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça. Ano 51 Número 190. jul./dez. 2006. pág. 71.

³³ [Tradução do autor] KOOPMANS, Tim. [*Courts and political institutions – a comparative view*]. Reimpressão da primeira edição. Cambridge University Press, 2005. p. 123.

³⁴ LI, Eric X. [The post-democratic future begins in China]. In: [*Foreign Affairs*]. Nova Iorque-NY. Volume 92. Número 1. jan.-fev. 2013. págs. 34-46.

³⁵ Ronald Dworkin discorda. Em conferência proferida perante a Comissão Européia

Ainda sobre as peculiaridades orientais, o que o leitor - juiz ocidental - diria se lhe dissessem que ao Judiciário não é dado exercer controle de constitucionalidade? Para o pensamento jurídico atual, ao menos no ocidente, o julgamento da lei pelo juiz, tendo por parâmetro a constituição é da essência do ato de julgar. Antes de aplicar uma norma, deve o juiz meditar sobre sua adequação à lei maior. Por estas bandas, isso é lugar-comum. Com que surpresa, então, deve o leitor encarar o fato de que, na China, as decisões judiciais não podem sequer mencionar a constituição como fundamento. Controle de constitucionalidade pelo Judiciário? Nem pensar. Em verdade, chegou a haver uma tentativa, pela mais alta corte daquele país, em 2001, de exercer algo assemelhado ao que se denomina *judicial review* no ocidente³⁶. Isso irritou tanto o governo central chinês que a suprema corte daquele país acabou por editar, em 2008, um documento listando precedentes judiciais que deveriam, a partir de então, ser desconsiderados como tal. Entre eles, listou o rumoroso caso de 2001 (Qi Yuling v. Chen Xiaoqi), sem dar qualquer explicação para a ordem de desconsideração.

No fato acima referido, a truculência do governo chinês é flagrante, principalmente seu esforço orwelliano de tentar reescrever a história dos precedentes judiciais, deixando de fora o caso de 2001. Entretanto, já houve no ocidente muita vacilação quanto ao cabimento da *judicial review*. No ano de 1803, de

para a democracia por meio da lei, grupo este denominado Comissão de Veneza (órgão do Conselho da Europa), a 02 de maio de 2012, em Londres, seu posicionamento foi contra a possibilidade de haver um estado de direito sem a efetiva participação popular na elaboração das leis. Cf: ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL\(2013\)016-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL(2013)016-e.aspx)) Capturado a 13 mar. 2013, às 14:16h (Brasília). Durante sua exposição, o eminente jurista norte-americano traçou um panorama dessa polêmica. De um lado, estaria Joseph Raz, defendendo a possibilidade de um estado de direito sem democracia. De outro, estariam ele, Dworkin, e Lord Tom Bingham.

³⁶ No caso (Qi Yuling v. Chen Xiaoqi), a suprema corte chinesa não foi além do que se denomina aplicação direta da constituição ao caso concreto. Cf.: QINFAN, Zhang. [*The constitution of China: a contextual analysis*]. Edição Kindle. Oxford, Reino Unido; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012. págs. 172-173.

fato, a suprema corte dos Estados Unidos julgou o famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual afirmou a doutrina da *judicial review*. Todavia, no mesmo ano de 1803, uma semana depois, a mesma suprema corte dos Estados Unidos julgou o caso *Stuart v. Laird*, no qual, basicamente, posicionou-se de forma contrária à mesma doutrina³⁷. Desse modo, vê-se que a truculência pode ter sido especial no caso acima narrado, envolvendo o governo chinês, mas a hesitação quanto à *judicial review* não é propriamente nova, nem uma exclusividade oriental.

Muitos outros exemplos podem ser dados sobre a cambiante história das idéias: Marx e Engels acreditavam que o socialismo emplacaria nos Estados Unidos, e que a Rússia seria um foco de resistência do capitalismo³⁸; uma das mais sofisticadas teorias jurídicas para explicar a circulação de riqueza – a teoria do intercâmbio de *comoditties* (Evgeny Pashukanis) – surgiu na União Soviética³⁹; o sistema eleitoral da entronizada constituição norte-americana de 1787 gerou imensa balbúrdia já nas eleições de 1801, quase levando o nascente país ao colapso⁴⁰.

Enfim, não deve o juiz esperar no mundo das idéias maior conforto do que experimenta no mundo dos fatos. Também aqui, as marés são inconstantes. Mesmo as idéias que parecem pétreas, corroboradas por histórico inatacável e homogêneo, assentam sobre bases escorregadias, cambiantes. Tendo isso em vista, o juiz deve seguir um conselho. Por mais que as idéias tenham valor em si, independente de seus autores e circunstâncias de nascimento; por mais que nos seja dado elaborar

³⁷ Para uma análise combinada dos dois julgados: ACKERMAN, Bruce. [*The failure of the founding fathers*]. 1ª edição em brochura. Cambridge, Massachusetts; Londres, Inglaterra: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007. págs. 111-115.

³⁸ Cf.: HITCHENS, Christopher. *Arguably*. 1ª edição em brochura. Londres: Atlantic Books, 2012. pág. 185.

³⁹ Para uma análise clara e resumida da teoria: HEAD, Michael. [*Evgeny Pashukanis – a critical reappraisal*]. Nova Iorque, NY: Routledge-Cavendish – Taylor & Francis Group, 2008. págs. 177-181.

⁴⁰ ACKERMAN, op. cit. pág. 03-15.

a partir delas, e nem sempre nos lembrarmos de dar um nome próprio à nossa elaboração para diferenciá-la da idéia original, devemos empunhar as idéias com prudência. Antes de empunhá-las, é recomendável examinar cada uma à luz do contexto em que surgiu⁴¹, e do propósito a que serviu. Nas palavras de Hannah Arendt:

“O fim de uma tradição não implica, necessariamente, que seus conceitos percam seu poder sobre as mentes dos homens. Ao contrário, acontece por vezes de o poder de noções e categorias já bem gastas tornar-se tirano quando a tradição de que advêm já perde força, e a memória de seu nascedouro desaparece; [...]”⁴².

5 – A NEM SEMPRE BEM CONTADA HISTÓRIA DAS LEIS

⁴¹ Voltando à lição de Cícero sobre boa-fé, note-se que o contexto em que foi proferida difere muito do atual. Até a época de Cícero, o Direito Romano vivera uma contradição. De um lado, a lei só tutelava os contratos típicos, explicitamente regulados. De outro lado, havia um imenso volume de contratos atípicos que, se não fossem adequadamente tutelados, levariam abaixo o mundo jurídico e econômico. Por isso, os romanos buscaram tutelar os contratos atípicos. Ao fazê-lo, evitavam dar motivo a que se alegasse contradição na lei. Para tanto, evitavam dizer que o aquilo que se tinha em mãos era um contrato, dizendo simplesmente que ali existia um débito (talvez uma obrigação), que se originava das palavras proferidas pelas partes. Ainda tentando evitar contradição, tutelavam os contratos atípicos através de um meio processual diferente daqueles dispensados aos contratos típicos. Essa tutela se realizava por ação de boa-fé (*iudicium bonae fidei*). Ao final, os contratos atípicos acabaram reconhecidos em sua natureza obrigacional, na categoria de contratos consensuais. Entretanto, permaneceram tutelados por meio jurídico específico – ação de boa-fé. Sobretudo, e mesmo depois de o assunto ter sido resolvido pelo direito, permaneceu na consciência dos juristas romanos a necessidade de sempre corroborar a solução que o direito havia dado. Na lição transcrita de Cícero, o que se vê é a justificativa dos juristas romanos para tutelarem contratos atípicos: o vínculo jurídico que deles emana se origina das palavras proferidas pelas partes quando da avença. Assim, pode-se concluir que, no contexto romano da época de Cícero, a noção de boa-fé ainda estava muito relacionada à noção de palavra. Para que o leitor tire suas próprias conclusões: MOREIRA ALVES, op. cit. págs. 375-379; 477-478; 515-517;

⁴² [Tradução do autor] ARENDT, Hannah. Entre passado e futuro [*Between past and future*]. Introdução por Jerome Kohn. Penguin Books: 2006. págs. 25-26.

Investigar a vontade original de quem apresentou o projeto de lei, bem como os anais do processo legislativo, é recomendado por alguns. Veja-se o que diz Edward Levi:

“Portanto, na aplicação de uma lei, a intenção da legislatura é, sem dúvida, importante. As normas da interpretação de leis são formas de descobrir tal intenção. As palavras usadas são necessárias porém insuficientes. Relatórios de comissões parlamentares podem ser elucidativos, já que rascunhos anteriores de uma lei podem mostrar trechos onde o significado foi mudado propositadamente. Projetos de lei apresentados mas não aprovados também podem ter alguma influência e as palavras faladas em debates podem ser levadas em conta. [...]”⁴³

Entretanto, há várias opiniões em contrário. No Digesto, encontra-se a lição de Juliano (Título III, item 20), de que “É impossível saber a razão de tudo o que foi estabelecido por nossos antepassados”, ao que emendou Nerácio dizendo (Título III, item 21): “E, por isso, não convém buscar as razões do que foi estabelecido, pois, caso contrário, se subverteriam muitas coisas que estão certas”⁴⁴. Também os antigos hindus que elaboraram o Código Vasistha antes da Era Comum, parecem ter desaconselhado a investigação do pretérito das leis, ao afirmarem que: “Para que algo seja lei, é necessário que não tenha uma razão tangível” (1, 7)⁴⁵. Posteriormente, veio a incisiva lição de Hobbes: “A letra da lei e a intenção do legislador são uma coisa só. Pois o sentido literal é aquilo que legislador que-

⁴³ LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Tradução de Eneida Vieira Santos. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pág. 47.

⁴⁴ *Corpus Juris Civilis. Digesto – livro I*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região - ESMAF, 2010. Título III, itens 20 e 21. pág. 53.

⁴⁵ [Tradução do autor]. [*Dharmasutras – The Law Codes of Ancient India*]. Tradução de Patrick Olivelle. Edição Kindle. Oxford University Press, 1999. Código Vasistha, capítulo 1, item 7. pág. 247.

ria que a lei, por sua letra, significasse”⁴⁶.

Há quem aponte sérias dificuldades materiais para que se leve a cabo um estudo dessa natureza. John M. Carey, que realizou extensa pesquisa em parlamentos de diversos países latino-americanos, inclusive o Brasil, relata ter tido grandes dificuldades para ter acesso a documentos de trâmite legislativo. Em muitos casos, constatou que sequer existiam⁴⁷. Essa alegação é bastante séria, e talvez explique uma tendência dos estudos brasileiros sobre vontade original dos legisladores: prestar demasiada atenção às exposições de motivos e aos relatórios de comissões. Essa tendência a dedicar exagerada atenção ao ponto de vista de alguns atores apenas do processo legislativo, talvez se deva ao fato de que esses são, boa parte das vezes, os únicos atores que produzem documentos acessíveis e relativamente inteligíveis. De todo modo, esse tropismo deve ser combatido por uma razão jurídica: as exposições de motivos e relatórios de comissão têm natureza, respectivamente, de considerandos e pareceres, e não são submetidos à votação do plenário⁴⁸. Só o texto legal propriamente dito o é.

Mesmo em países em que a documentação legislativa é farta, segura e acessível, há quem desaconselhe essa pesquisa de processo legislativo. Na Inglaterra, tal pesquisa era estritamente proibida aos juízes até julgamento do caso *Pepper v. Hart* pela Casa dos Lordes, em 1993. Principalmente, doutrinadores de grande porte advertem contra a prática, por considerarem que levam a encruzilhadas insolúveis, tal o número de atores que participam da formação de uma lei. Sobre o assunto, são estas as ponderações de Jeremy Waldron: “[...], no mundo

⁴⁶ HOBBS, Thomas. *O Leviatã [Leviathan]*. Editado com introdução de C.B. Macpherson. Londres e Nova Iorque. Penguin Books. Ano de edição: 1985. capítulo XXVI, p. 326.

⁴⁷ CAREY, John. [*Legislative voting and accountability*]. Cambridge University Press, 2009. págs. ix-x.

⁴⁸ Há países e organismos internacionais em que os considerandos vão a plenário, como as Nações Unidas.

real, as leis nunca são produzidas exatamente como o produto da intenção coerente de uma pessoa”⁴⁹. Seria então, de acordo com suas palavras, despropositada a tentativa de encontrar a “vontade do legislador”, noção esta que teria relevância apenas para fins de discurso, prestando-se a facilitar a discussão filosófico-teleológica da lei.

Entretanto, mesmo com tantas e tão pertinentes manifestações em contrário, talvez deva o juiz dar uma olhadela no processo legislativo da norma que intenta aplicar. Deve, entretanto, estar pronto para emoções fortes. Veja-se o que diz Casimiro Pedro da Silva Neto, acerca da Constituição Brasileira de 1988:

“Ao longo de vários anos de pesquisa notamos que algumas expressões de artigos da nova Constituição não foram votadas em 1º e 2º turnos, ou só foram votadas apenas uma vez. Algumas disposições permanentes e transitórias tiveram alterações de mérito votadas apenas em um turno. Merecem, pois, uma pesquisa mais aprofundada, bem como os seguintes artigos: Art. 2º; Art. 59, inciso V; Art. 14, parágrafo 3º, inciso VI, alínea “c”; inciso IV, alínea “c”; Art. 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”⁵⁰.

Falhas também existiram na edição da Lei n. 10.406, publicada a 11 de janeiro de 2002, que constitui o atual Código

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Editor). *Direito e interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pág. 507.

⁵⁰ SILVA NETO, Casimiro Pedro da. *A construção da democracia : síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembleias nacionais constituintes e do Congresso Nacional*. Brasília : Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2003. p. 612. Na mesma página, Silva Neto ressaltou que, sobre as falhas de trâmite por ele apontadas, houve manifestação do Deputado Ulysses Silveira Guimarães (PMDB-SP), que presidiu a assembleia nacional constituinte de 1988; manifestação que se encontra registrada no Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC) do dia 23 de setembro de 1988, à página 14319.

Civil brasileiro. Neste caso, foram inseridas “emendas de gráfica” ao projeto, conforme narram Edilenice Passos e João Alberto de Oliveira Lima:

“O Projeto de Lei nº 634, de 1975, retornou, em 1999, à Câmara dos Deputados, para tramitar em segundo turno. Somente um ano depois foi constituída a comissão especial, tendo sido escolhido o Deputado Ricardo Fiuza para relatá-lo. De acordo com as disposições regimentais, a Câmara dos Deputados tinha um papel restrito nessa etapa, limitado a aprovar ou a rejeitar as emendas apresentadas pelo Senado. Mas não foi isso o que exatamente aconteceu, como nos conta o Mário Luiz Delgado, assessor do relator, juntamente com Jones Figueirêdo Alves e Alexandre Guedes Alcoforado Assunção: ‘A Câmara dos Deputados, cujo papel naquela ocasião consistia apenas em aprovar ou rejeitar as emendas que haviam sido feitas no Senado, não lhe sendo mais permitido propor qualquer modificação, terminou por mudar completamente o texto aprovado no Senado, incluindo alterações substanciais, que muito contribuíram para modernização do projeto. No período que transcorreu entre a aprovação do parecer pela comissão especial e a aprovação do mesmo parecer pelo plenário da Câmara, vários artigos foram modificados’. [...]em vários artigos, as alterações foram mais profundas, atingindo o mérito da proposição. Mário Luiz Delgado (2011, p. 392) destaca alguns desses artigos: ‘A inclusão, no art. 1.595, que trata do parentesco por afinidade, das situações de união estável, criando-se a figura do sogro e sogra do companheiro, parentesco que não se extingue com a dissolução da união estável. [...]. No art. 1.711, quando se acres-

centou a cláusula final do dispositivo para esclarecer que as disposições referentes ao bem de família previstas no Código Civil interfeririam nas regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecidas em lei especial (Lei n. 8.009/90). No art. 1.725, quando instituiu formalidade, anteriormente não prevista, para o regime de bens na união estável, passando a exigir “contrato escrito” no lugar de “convenção válida”⁵¹.

Com tudo isso, pode-se dizer que o processo legislativo pode ser algo embaraçoso de estudar. Contudo, não é algo que o juiz deva temer. Tampouco deve causar-lhe afobação, para que saia declarando inexistentes todas as normas em que, por assim dizer, constate ter havido algum lapso no trâmite. Nesses casos, no mais das vezes, deve conceder a essas normas mal-votadas, ou sequer votadas, a mesma autoridade que os romanos concediam aos costumes que já se haviam sedimentado no seio da população. Nas palavras do jurista Hermogeniano no Digesto (Título III, item 35): “Mas também o que, por longo e continuado costume, é aprovado e observado por muitos anos, por tácita convenção dos cidadãos, não obriga menos do que as leis escritas”⁵².

Restam duas coisas a dizer. Primeiro, quando se fala do passado das leis, não se deve pensar apenas no processo legislativo que antecede os diplomas. Investigar o passado da lei é, sobretudo, procurar as constantes que permearam a legislação de diferentes lugares, épocas e contextos. Alguns comandos centrais parecem ter estado sempre lá, em todos os povos, em todas as eras. Já na antiga Índia, havia os princípios do contraditório (Código Apastamba, 29,7) e da neutralidade do juiz (Código Gautama, 13, 1-31). Também ali se preconizava que o

⁵¹ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília : Senado Federal, 2012. págs. xxix; xxxii.

⁵² *Corpus Juris Civilis. Digesto – livro I*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região - ESMAF, 2010. Título III, item 35. pág. 55.

juiz vivesse a lei, e não só a conhecesse da teoria (Código Gautama, 28, 52)⁵³. Há também constantes outras, não muito agradáveis de se ver, mas que devem ser observadas. Existem registro de que um certo Código de Urukagina, editado em Lagash, na Mesopotâmia, cerca de 2.500 anos a.E.C. promoveu uma extensa reforma voltada ao combate da corrupção no governo, à diminuição dos privilégios das elites, da exploração e tributação exagerada dos pobres⁵⁴. Para tanto, fez mudanças em diversas áreas do direito, especialmente penal, administrativo e tributário. Soa familiar?

Segundo, quem deseja conhecer a lei não deve atentar somente para os textos, mas também para a maneira com que foi aplicada⁵⁵, e se foi obedecida. Conhecer o texto vigente em determinado ponto da história, mas não conhecer as consequências práticas da lei, e se era ou não obedecida, equivale a saber metade da história. Em alguns casos, o estudioso encontrará situações irônicas, como o relato feito por Procópio, assessor de Justiniano. De acordo com o relato, o imperador, além de corrupto incorrigível, não julgava de acordo com as leis que ele próprio editara⁵⁶. Se verdadeira essa versão, necessário será concluir que uma das maiores produções jurídicas de todos os tempos, o *Corpus Iuris Civilis*, teve como idealizador um criminoso.

Enfim, há muito que se descobrir no passado das leis, e um juiz não pode se privar de tamanha riqueza. Nem jamais se furtrar à verdade.

⁵³ Cf.: [Dharmasutras – *The Law Codes of Ancient India*]. Tradução de Patrick Olivelle. Edição Kindle. Oxford University Press, 1999.

⁵⁴ Cf.: EDWARDS, Chiperic. [*The Hammurabi Code*]. Edição Kindle, revisada e anotada por M. F. Evans. Paean Books, 2011. Pos. 147.

⁵⁵ “Conhecer a lei não é apenas conhecer seus termos, mas seu sentido e aplicação”. *Corpus Iuris Civilis. Digesto – livro I*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região - ESMF, 2010. Título III, Celso, item 17.

⁵⁶ PROCÓPIO [PROCOPIUS]. *A história secreta*. Tradução para o inglês de G.A. Williamson E Peter Sarris, com introdução e notas de Peter Sarris. Edição Kindle. Penguin Books, 2013. pos. 1177.

6 – O PEDREGOSO CAMINHO DO JUDICIÁRIO

Não menos rica e cheia de percalços é a história do Judiciário, mormente no Brasil. Neste país, até 1677, os bacharéis em direito eram proibidos de chegar às regiões de maior conflito; aquelas em que se situavam as minas⁵⁷. Mesmo após a queda da proibição, até o século XVIII, havia poucos bacharéis no interior do Brasil. Essa escassez de bacharéis, entre outras razões, fez com que a tarefa de proporcionar justiça fosse dada a pessoas que sequer sabiam ler e escrever. Sobre esse tema, leia-se o seguinte relato, que descreve a situação da então província de Goiás:

“Os Juizes Ordinários exerciam a Justiça de 1ª instância, responsabilizavam-se pelas causas de interesse da comunidade. Quase sempre não sabiam ler e escrever e, via de regra, sua eleição não atendia às exigências da lei, que ordenava serem designados entre os homens bons da municipalidade. Elegiam-se indiretamente pelo povo, uma vez que se arrolavam eleitores especificamente para este fim. Foram arbitrários e formaram grupos de mando. [...]” (Maria Augusta de Sant’Anna Moraes e Ursulino Tavares Leão)⁵⁸

A dificuldade era tanta que em 1874, a inauguração do Tribunal da Relação daquela província por pouco não deixou de acontecer, vez que dois dos cinco integrantes designados para compor o tribunal não compareceram à sessão de instala-

⁵⁷ “O art. 10 do mesmo Regimento [de 1677] acaba com a proibição de todo e qualquer bacharel em Direito aparecer nas minas. Anteriormente, quem o fazia ficava sujeito à (...) *pena de seis meses de prisão, sob chave, na cadeia da relação*”. (MORAES, Maria Augusta de Sant’Anna; LEÃO, Ursulino Tavares. *Presença do Tribunal de Justiça na história de Goiás*. Goiânia: Tribunal de Justiça de Goiás, 2011. pág. 43).

⁵⁸ MORAES e LEÃO. op. cit. pág. 47.

ção:

“Em 30 de abril, três dos desembargadores que comporiam o quadro da Relação de Goiás encontravam-se na capital (de Goiás, a Vila Boa). Faltaram o Presidente da Casa e o Procurador da Coroa. Este, justamente, o previsto em lei para substituir o Presidente, em sua falta. Esta situação gerou dúvidas entre os Desembargadores presentes, se inauguravam o não o novo Tribunal da Relação. Reunidos, depois de discussões e entendimentos, optaram pela instalação e que, naquele momento, o Presidente seria um deles escolhido por sorteio [...]”.⁵⁹

Veja-se, portanto, com este exemplo do interior do Brasil, quão dura foi a luta do Judiciário para pôr-se de pé. O tribunal goiano, elogiado atualmente pelo Conselho Nacional de Justiça por apresentar a menor taxa de congestionamento de processos em 2ª instância do país⁶⁰, quase não conseguiu abrir as portas. Isso quase no último quarto do século XIX.

Deixando o exemplo goiano e olhando a história do Judiciário brasileiro como um todo, há de se constatar que sua evolução foi repleta de contratemplos. Quando da independência do Brasil, em 1822, o tribunal mais influente do país não fazia

⁵⁹ MORAES e LEÃO. op. cit. pág. 79-80. A existência de juízes sem formação jurídica, alguns iletrados de todo, permaneceu até o século XX. A primeira constituição do Estado de Goiás, que viveu entre 1891 e 1934, previu em seu art. 106 a figura do juiz distrital, que não precisava ser bacharel em direito. Posteriormente, a constituição de 1935, que viveu até 1946, previa, por seu art. 47, a mesma figura do juiz distrital, em moldes semelhantes aos da anterior. Neste aspecto, é possível traçar um curioso paralelo com Portugal. Enquanto no interior do Brasil faltavam bacharéis, havia excesso deles em Lisboa já no século XVIII, conforme o seguinte relato: “O primeiro motivo desse desconcerto provém na minha opinião do grande exame de advogados que temos em Lisboa [...]” (CUNHA, Luís da. Testamento Político. In: ISÓCRATES... ET AL. *Conselho aos governantes*. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, 2003. pág. 622.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília: CNJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. pág. 43.

parte do Judiciário. Tratava-se da Mesa da Consciência e Ordem, um tribunal eclesiástico a quem o imperador do Brasil prestava contas⁶¹. Posteriormente, na constituição de 1824, o Judiciário brasileiro tinha a seu lado não dois, mas três poderes. Portanto, eram quatro ao todo: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (art. 10)⁶², encabeçado este pelo imperador em pessoa, cuja missão era a de resolver litígios entre os demais poderes.

Entretanto, não eram quatro, mas cinco. Aquela constituição estabeleceu, além dos quatro poderes, um Conselho de Estado (arts. 137 a 144) que, na prática, era outro poder. Por sinal, o Conselho tinha poderio político muito maior que o Judiciário. Tal conclusão se obtém da mera comparação entre os registros dos casos julgados pela então maior corte do país, o Supremo Tribunal de Justiça⁶³, e as atas do Conselho. Dessa comparação, fica claro que ao Judiciário tocavam assuntos de interesse menor, enquanto o Conselho opinava sobre os grandes temas (reforma eleitoral, relações exteriores, nacionalida-

⁶¹ NORONHA, op. cit. págs. 52-78. Ressalte-se que, entre os componentes do tribunal, figurava o confessor do imperador.

⁶² Houve artigo semelhante na Constituição portuguesa de 1826 (art. 11). Ambas se basearam na obra de pensador francês: CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. 1ª edição. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXVI. Atualmente, em moldes parecidos, a Constituição Brasileira de 1988 traz as figuras do Conselho da República (arts. 89-90) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 91), sem maior repercussão prática. Já a Constituição Portuguesa de 1974 contém as figuras do Conselho Económico e Social (art. 92), do Conselho de Estado (arts. 141-145) e do Conselho Superior de Defesa Nacional (art. 274). Já o Conselho de Ministros estabelecido pela Constituição Portuguesa atual (arts. 184 e 200) tem funções deliberativas que refogem ao modelo do antigo Conselho de Estado da constituição brasileira de 1824 e portuguesa de 1826. Entretanto, necessário lembrar que o alcance prático das decisões do antigo Conselho de Estado era muito maior do que a letra daquelas constituições levava a crer. Nisso, no alcance prático, pode existir algum grau de semelhança entre o antigo Conselho de Estado e o atual Conselho de Ministros da Constituição Portuguesa.

⁶³ Pesquisa feita a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet: (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STJPrincipal>). Capturado a 11 mar. 2013, às 17:02h (Brasília).

de)⁶⁴.

Mesmo após a extinção do Poder Moderador, com a primeira constituição republicana de 1891, os percalços continuaram. Em 1926, foi editada uma emenda à primeira constituição republicana, de 1891, emenda esta que impossibilitava o STF de se pronunciar sobre questões políticas⁶⁵. Já na Constituição de 1937 (art. 96, parágrafo único), ficou estabelecido que se o STF declarasse inconstitucional determinada lei, o presidente poderia submeter o julgamento do Supremo ao reexame do Parlamento.

Com todos esses solavancos, aos quais se somaram os ocorridos durante a ditadura militar (1964-1984), o Judiciário conseguiu o prestígio que hoje detém na democracia brasileira. Mas quem ingressa no Judiciário deste país deve ter claro que o atual prestígio foi obtido com imenso esforço, e que um esforço ainda maior será necessário para mantê-lo. Sobretudo, aqueles que forem atuar nos pontos mais longínquos do território nacional deverão pensar cada passo. Em muitos casos, exercerão a judicatura em lugares em que não só a democracia, mas mesmo o estado de direito, ainda tem ar de novidade.

7 – A HISTÓRIA DO FUTURO

São muitas os trechos de Agostinho que revelam sua perplexidade com a passagem do tempo, e de como deveríamos entendê-la. Entre elas, destaca-se o seguinte:

[...]. Quem se atreve a negar que o futuro ain-

⁶⁴ RODRIGUES, José Honório (Org.). *Atas do Conselho de Estado Pleno*. Volume XIII – índice onomástico. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1978.

⁶⁵ NOLETO, Mauro Almeida. *Memória jurisprudencial: Ministro Epitacio Pessoa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. pág. 37. Vale ressaltar que até 1926, embora ainda não houvesse controle concentrado de constitucionalidade, o STF pronunciava-se sobre as questões políticas do país em julgamentos de habeas corpus. A interpretação sobre o cabimento daquele remédio constitucional fôra intencionalmente ampliada para permitir ao tribunal pronunciar-se sobre as grandes causas da república.

da não existe? No entanto, já existe no espírito a expectativa do futuro. Quem pode negar que o passado não mais existe? Contudo, existe ainda no espírito a lembrança do passado. E quem nega que o presente carece de extensão, uma vez que passa em um instante? No entanto, perdura a atenção, diante da qual continua a retirar-se o que era presente. Portanto, não é o tempo futuro que é longo, pois não existe, mas o longo futuro é a longa espera do futuro. Também não é longo o tempo passado inexistente, mas o longo passado é a longa recordação do passado.⁶⁶

Juízes devem ser práticos. Talvez por isso, o leitor juiz acredite não ter valido a pena acompanhar as tortuosas palavras de Agostinho. Mas o leitor deve reconsiderar. A mensagem do filósofo é de que a fronteira entre passado, presente e futuro é, em grande parte, imaginária, além de muito tênue. Em outras palavras, é dizer que, embora estejamos sempre, por essência, ligados ao presente, essa vivência do presente não terá sentido se não for acompanhada da memória do que passou e de alguma expectativa sobre o que virá. O momento de agora é por demais fugidio, curto, para ter algum sentido por si só. É necessário que, ao vivenciarmos o presente, possamos expandir esse pequeno instante em ambos os sentidos, dilatando-o, em direção ao passado e ao futuro. Só assim teremos um verdadeiro presente; algo que poderemos chamar de nosso tempo. Não há vivência sem experiência e expectativa.

Cada juiz, o Judiciário como um todo, é responsável pela guarda de sua memória. Não deve mitificá-la, mas guardá-la, de maneira que, a cada momento, esteja apto a compreender seu lugar no tempo e vivê-lo em plenitude. Infelizmente, na tarefa de guardar a memória, o Judiciário brasileiro vem desempenhando um triste papel. Para se ter idéia do descabro,

⁶⁶ AGOSTINHO. *op cit.* XI livro. item 28.págs. 354-355.

basta dizer que um estudioso que se interesse sobre processos em que a Inquisição, entre os séculos XVI e XVII, condenou portugueses ao degredo no Brasil e outras terras, encontrará pesquisa em que foram examinados 26.034 processos⁶⁷. Todavia, se o mesmo estudioso se interessar pelos processos julgados pelo Tribunal da Relação, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro entre os anos 1587 e 1807, encontrará no sítio do Supremo Tribunal Federal apenas um feito, de 1796⁶⁸. Após tê-lo encontrado, e continuando a pesquisa, será surpreendido com a inscrição: “Não consta acórdão. O processo não dispõe de todas as páginas”⁶⁹.

Descurando de nossa memória estamos privando não só às gerações futuras, mas a nós mesmos, de um elemento essencial a uma vivência bem-situada do presente: o passado. Necessitamos dessa memória já, ou amanhã de manhã. Onde a encontraremos?



⁶⁷ A referência é a uma obra específica: PIERONI, Geraldo. *Os excluídos no reino: a Inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil Colônia*. 2ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. O cômputo do número de processos da Inquisição consultados para elaboração da obra consta de sua pág. 09.

⁶⁸ Sítio do Supremo Tribunal Federal – STF: (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=HistoricodoTribunaldaRelacao>). Capturado em 04/03/2013, às 10:27h (Brasília)

⁶⁹ Sítio do Supremo Tribunal Federal – STF: (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=Tribunal_da_Relacao_Principal). Capturado em 04/03/2013, às 18:25 (Brasília).