

Globalização e harmonização: a derrubada dos muros entre os sistemas de Direito

ADRIANA PEREIRA CAMPOS*

Universidade Federal do Espírito Santo

Resumo: Este artigo constitui a apresentação do dossiê “Constitucionalismo e soberania: justiça e juízes na cultura política liberal”. O constitucionalismo, desde o Oitocentos, passou a guiar comportamentos políticos na sociedade ocidental. Neste número da revista *Dimensões* pretendeu-se debater os diferentes conceitos de soberania, nacional ou popular, implícitos no liberalismo. Pretende-se abordar igualmente a construção da cidadania tanto da perspectiva das transformações promovidas pelo Estado, quanto aquelas proporcionadas pelos movimentos sociais. Objetivou-se, assim, contemplar os dilemas da participação política, bem como o papel do Judiciário e seus agentes na consolidação do constitucionalismo como cultura política ocidental.

Palavras-chave: História Política; História do Direito; Constitucionalismo; História dos tribunais.

Abstract: This paper goals the introduction of dossier “Constitutionalism and sovereignty: justice and judges in liberal political culture”. Constitutionalism, since the nineteenth century, began to guide the politicians’ behavior in Brazilian western society. In this issue of *Dimensões*, we open the debate on the distinct concepts of sovereignty, be that of a national or popular nature, implicit in the liberal doctrine. In the same vein, we intend to look at the building of citizenship from the standpoint of the transformations brought about by both the State and the social movements. The aim is to contemplate the dilemmas surrounding political action, as well as the role of the Judiciary and its officials in the consolidation of constitutionalism as the leading aspect of the western political culture.

Keywords: Political history; History of Law; Constitutionalism; History of courts.

* Docente permanente dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em História e em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo; pesquisadora produtividade Pq do CNPq; coordenadora da pesquisa “Opino Doctorum” financiada pela Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação do Espírito Santo – FAPES.

A efeméride dos 30 anos da Constituição de 1988 consiste em excelente oportunidade para a reflexão sobre constitucionalismo e soberania. O ativismo jurídico de investigações levadas a cabo pelo Ministério Público com decidida parceria de juízes federais no Brasil ganhou como sinônimo o vocábulo lava-jato e deixou a população perplexa não apenas com os fatos revelados, mas também com a ação das autoridades judiciárias do país. Acostumados com o anonimato de juízes e promotores, os brasileiros acompanham pelas mídias os passos dos membros do judiciário, cujas audiências ou sessões do pleno passaram a ser transmitidas em tempo real e documentos e testemunhos mobilizam internautas e telespectadores, além, é claro, do clássico leitores de jornais. Mesmo fechados em gabinetes refrigerados e trajados solenemente, juízes e promotores costumam, nessa conjuntura, disputar popularidade com parlamentares, ultrapassando-os muitas vezes, e mesmo estrelas de telenovelas e cinema. Em face dos resultados alcançados em casos exemplares, a justiça mobiliza o debate nacional e lança controvertidos debates.

Mormente, o ativismo jurídico não constitui novidade no mundo contemporâneo, ainda que o Brasil o experimente mais profundamente apenas na segunda década do século XXI. No século passado o protagonismo dos tribunais motivou a formulação do termo “judicialização da política”. Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 5) lançaram alentada coletânea sobre o tema, em cuja introdução afirmavam se tratar de tendência incontornável no final do século XX. Torbjörn Vallinder (1995, p. 13) assinala o advento como a intromissão de procedimentos e decisões judiciais em arenas costumeiramente consideradas privativas de outros campos da política. Para o sociólogo brasileiro, Werneck Vianna (1996, p. 269), a judicialização da política consistiria em processo afirmativo de escala universal, pois compreenderia tanto o *common law* como o *civil law* (reduzindo o globo ao ocidente, evidentemente). À interação entre os dois sistemas Xandra Kramer e Van Rhee (2012, p. 39-63) atribuem o conceito de harmonização dos procedimentos em escala global, fenômeno mais proeminente no campo do Direito Civil.

Outro aspecto, mas interligado à mundialização dos sistemas de direito, ocorreu no campo da expansão das técnicas e métodos judiciais

para além dos tribunais. No Brasil, por exemplo, adotou-se na Constituição de 1988 procedimentos jurídicos como as comissões parlamentares de inquéritos como se observa de seu artigo 58, §3º: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais [...]”. Podem, portanto, os parlamentares determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, querer audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimento de autoridades federais entre outros. Após 30 anos, as comissões parlamentares de inquérito enfrentam controvérsias em razão de os parlamentares as utilizarem como mecanismos de pressão sobre o Executivo ou manobra de constituição de maiorias. Embora os efeitos efetivos estejam longe das expectativas originais, os parlamentares mantêm uso frequente dessas comissões, cuja convocação produz muito efeito simbólico sobre o cotidiano parlamentar.

Outra dimensão a destacar na “harmonização” dos procedimentos oriundos do *common law* e do *civil law* decorre do desenvolvimento de novas técnica e métodos de solução de conflitos (KRAMER; RHEE, 2012). Constatada a insuficiência do Poder Judiciário em solucionar a enorme quantidade de litígios, meios alternativos de solução de conflitos ganharam destaque nos debates jurídicos. De modo mais abrangente, discute-se a conveniência de abordagens colaborativas no campo do judiciário (CAMPOS; FRANCO, 2017). De acordo com Juliana Demarchi (2007, p. 40), os métodos colaborativos emergiram nos últimos anos como o meio mais apropriado de obtenção de resultados satisfatórios para todos os envolvidos, pois se tratam de métodos com alcance diferente daquele obtido por meio das técnicas adversariais em que tudo o que uma parte ganha é retirado de outra.

Em consonância com esse contexto, o Brasil promulgou novo Código de Processo Civil em 2015 quando reconheceu a necessidade de conferir tratamento adequado a cada tipo de litígio. Não há mais, no ordenamento civil brasileiro, métodos principais ou alternativos, e sim compatíveis ou não ao conflito levado aos tribunais. O comando do artigo 334 expressa essa compreensão:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

O interesse sobre a inovação dos procedimentos judiciais atraiu juristas na investigação das experiências comparadas tanto entre os sistemas vigentes em outros países, como também em outras épocas. Em diversas universidades, a história do Direito ganhou destaque nessa reflexão. Na Espanha, o grupo liderado por Bartolomé Clavero destacou-se com alentada historiografia jurídica construída desde a década de 1970 sobre as instituições bascas, catalãs, castelhanas e galegas formadoras da complexa sociedade espanhola. O jurista António Manuel Hespanha constitui outra expressão na história do direito ibérico, ao lado de Bartolomé de Clavero, com suas pesquisas a respeito da história das instituições lusitanas. Ambos estudiosos realizam ainda profundas e seminais investigações sobre a América ibérica, influenciando decisivamente na renovação da história americana. Na Europa ainda se pode destacar entre os historiadores do direito, C. H. (Remco) van Rhee, pesquisador da Universidade de Maastricht e diretor do programa de “*Foundations and Principles of Civil Procedure in Europe*” da “*Ius Commune Research School*”. O professor van Rhee dedica-se aos temas de história dos tribunais, história do processo civil e da história da jurídica europeia.

Devo ainda considerar o aspecto interdisciplinar do tema. A história do direito como campo do conhecimento transformou-se em fins do século XX e proporcionou verdadeiro giro jurídico da história política como sentença a profa. Annick Lempérière (2017, p. 4-8). Investigações sobre a fratura do Antigo Regime, historiadores e juristas se uniram no deslinde da transformação do pluralismo jurídico, centrado no território, na condição social das pessoas e nas autonomias corporativas e familiares, em uma justiça estatalizada, assentada principalmente no indivíduo como sujeito de direitos (CLAVERO, 1997; HESPANHA, 1998; HOMEM, 2003). A nova história do direito apresentou, assim, novos problemas e novas metodologias,

sobretudo, influenciada pelas perspectivas de pesquisas que escapassem da mera hermenêutica dos antigos textos legislativos. Os estudos incluíram cada vez mais processos judiciais, iniciativas legislativas e textos filosóficos de discussão da natureza do direito, da lei e da justiça. Houve, sem dúvida, o benefício das novidades trazidas pela clío no campo da história política. Frequentemente encontram-se juristas com grande domínio das inovações historiográficas do último século e com reiterado diálogo com historiadores, basta observar no Brasil as coletâneas que incluem o jurista e historiador Antônio Manuel Hespanha, além do frequente convite para os conclaves nacionais de História (cf. HESPANHA *apud* BICALHO; FERLINI, 2005; HESPANHA, 2003).

Há, no entanto, aspecto relevante demarcado por Annick Lempérière (2017, p. 4-5) no campo da história do direito, em comparação ao diálogo habitual dos historiadores com as ciências sociais. Utiliza-se com mais constância conceitos e linguagens cuja compreensão exige certo treinamento. Haveria, além disso, algum preconceito com o mundo normativo concebido erroneamente como distante dos fatos sociais. Antônio Hespanha (1998, p. 24-25) convida os pesquisadores a considerar o direito não apenas no seio dos processos sociais, mas exatamente como um processo social em si. O jurista português salienta a relação do direito com os espaços sociais concebidos em seus diversos campos de produção, seja na instituição de leis ou normativas, das práticas discursivas, das linguagens. Pierre Bourdieu (2005, p. 212), na década de 1980, lançou a definição de campo jurídico como o lugar social de concorrência para “dizer” o direito entre agentes investidos de competência, ao mesmo tempo social e técnica, de interpretar um *corpus* de texto. Niklas Luhman (1983, p. 230-236), por meio de outro modelo interpretativo, confirmou o direito como produto social, mas com funcionamento autônomo e cujo papel criador (poiético) responde aos desafios por meio de regras próprias.

Neste número da Dimensões pretendeu-se desafiar a comunidade acadêmica em relação à história das constituições com papel fundamental nas sociedades contemporâneas. Existe atualmente alentada historiografia jurídica sobre o constitucionalismo como evento marcadamente moderno. Compreende-se que essas constituições são fruto das revoluções do século

XVIII que, sob o argumento de derrubar o Antigo Regime monárquico, advogaram a tarefa de erguer um poder novo e legítimo. Defendia-se que o bem-estar social, a liberdade individual e a justiça dependiam da limitação do Estado, cujo abuso poderia ser prevenido pela divisão dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Desse modo, o direito deixou de ter como critério a validade eterna para converter-se num produto contingente da vontade política. Por meio da constituição se compatibilizava, assim, a sujeição jurídica do poder com a positivação irreversível do direito (GRIMM, 2010, p. 28-30).

Elementar no processo de constitucionalização, a limitação do papel dos juízes e dos tribunais merece também o olhar do historiador. Antes da completa centralização dos Estados na Europa, as pessoas se agrupavam e organizavam de acordo com a corporação a que pertenciam ou à posição dentro dessas corporações. Não havia espaço para individualidades, apenas os agrupamentos sociais importavam e esse fato conferia a principal característica dessa sociedade: a estamentização. A cada chefe do grupo social cabia o poder de governo sobre os demais integrantes do grupo denominado *iurisdictio*. Esse poder conferia a autoridade de dizer o direito público aplicável à categoria, fosse por meio da resolução de conflitos entre as partes, fosse por meio da definição dos direitos e deveres internos à corporação e já pré-existentes.

Não havia nessas sociedades, contudo, um sistema de responsabilização desses juízes, até mesmo porque eram eles que exerciam o poder de governo sobre as localidades, apesar de eventualmente existir um príncipe ou um rei. Como informa Homem (2003, p. 53), “uma das principais diretivas da razão de Estado católica é constituída pela ‘conveniência’ de o príncipe delegar o exercício da justiça em magistrados e de não realizar pessoalmente”. Nas monarquias modernas, com fraca centralização, os juízes possuíam elevada discricionariedade para tomar suas decisões e ampla liberdade para criar o direito. Consoante António Manoel Hespanha (2005, p. 11), competia aos juízes dizer o direito diante de poucas regras que regiam a sociedade e, por vezes, regras que se contrapunham aos costumes vigentes.

Homem (2003, p. 254) adverte que Tomás de Aquino definiu que a função dos juízes se encontrava com a dos reis, pois o “juiz é a Justiça animada e o rei é o guardião do justo”. Isso equivalia a considerar os

príncipes e os juízes como mediadores entre as ordens jurídicas supra positivas e o direito positivo. Entretanto, ainda nessa sociedade, surgiu o fundamento para início da responsabilização dos magistrados. Isso porque é instituído o paradigma do juiz perfeito, que seria o modelo de magistrado apto a exercer o poder jurisdicional, que retira a razão de suas decisões dos valores existentes na sociedade. A conduta do magistrado devia ser guiada pelo temor a Deus, o que não lhe permitia promover qualquer injustiça. Se considerado, porém, injusto, a mácula o excluía do ofício por ser indigno do poder jurisdicional sob sua tutela, devendo ser, assim, responsabilizado pela deturpação dos valores da ordem pré-existentes e religiosos.

Com a passagem desse sistema de governo da monarquia feudal para a monarquia absolutista (usa-se esse conceito com todas as ressalvas, cf. HESPANHA, 1994) e, conseqüentemente, com a formação dos Estados nacionais e a integração jurisdicional do espaço político, a autoridade e o poder de julgar passaram para as mãos do monarca, a quem caberia o dever de julgar todos os conflitos para promover a paz social. O rei é visto como *princeps*, detentor de todo o poder e soberania sobre seus súditos, a quem é atribuído um poder absoluto, não submetido a qualquer lei ou ordem, representando um juiz supremo, detentor de todo o poder jurisdicional, por escolha divina (GARRIGA, 2012). O desafio, contudo, constituía-se em transformar a antiga ordem jurídica diante do novo quadro de centralização política dos reis.

O novel século XVIII rompe com o precedente modelo tradicional no qual os juízes possuíam amplos poderes, inclusive para inovar o ordenamento jurídico, uma vez que suas interpretações das leis e dos costumes não possuíam limites. Valorizou-se a ideia de centralização legislativa, passando o papel da interpretação das leis a ser exercido com exclusividade pelo rei. Inegavelmente a figura do juiz perdeu força, tornando-se ele uma figura inanimada, a quem cabia exclusivamente a subsunção da lei ao caso concreto, não lhe sendo permitida qualquer margem interpretativa, devendo realizar uma interpretação autêntica do texto legislativo, ou seja, ao juiz incumbe tão somente reproduzir a lei. A célebre frase do barão de Montesquieu (2000) representa com clareza o pensamento vigente à época sobre a função dos juízes: “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”.

O modelo liberal de juízes vinculados à lei, contudo, implantou-se com certa dificuldade, inclusive no Brasil (cf. SLEMIAN; GARRIGA, 2013). Em fins do século XIX, o juiz francês já era bastante ativo, mas o quadro teórico capaz de reverter as antigas formulações limitadoras do papel dos magistrados precisou esperar o novo século XX. O jurista Franz Klein apresentou a perspectiva do juiz como o administrador do processo em julgamento. O objetivo era a realização da então chamada “função social” (*Sozialfunktion*) do litígio civil. A “função social” deve ser vista como uma reação contra ao ideal liberal oitocentista do processo. Isso significa que a ligação não deveria ser considerada somente como solução de casos individuais entre litigantes privados, mas também como um fenômeno que afetava a sociedade como um todo. O processo civil serviria ao interesse público (*Wohlfahrtsfunktion*) e, como resultado, o juiz possuía a responsabilidade de assegurar que o processo fosse utilizado de maneira justa (RHEE, 2012, p. 45).

A *Sozialfunktion* tornou-se perspectiva adotada em diversos países europeus em face da maior “harmonização” dos sistemas de direito que, segundo van Rhee (2012, p.40), atenuaram progressivamente as diferenças entre o *common law* e o *civil law*. O direito comparado, tanto em diferentes regiões quanto em distintas épocas, tornou-se uma das chaves da compreensão da nova dinâmica de internacionalização dos procedimentos jurídicos. Ampliaram as teses que afirmam a necessidade da compreensão mais abrangente acerca da falsa dicotomia de modelos jurídicos ou tradições. Hermes Zanetti (2007, p. 59) apresenta a instigante tese de que a constitucionalização do processo no Brasil, após 1988, deu lugar à potencialidade criativa, tópica e participativa, abrindo espaço para ao paradigma emancipatório dos juízos e, dessa forma, superando o antigo paradigma legalista. Há, portanto, um ponto de mutação no campo jurídico com enorme relevância social na atualidade e a revista *Dimensões* resolveu contemplar um dossiê de artigos que possa colaborar com a discussão em voga, pois os historiadores, sem dúvida, ocupam um campo do conhecimento capaz de oferecer abordagem criativa e crítica sobre o tema. Os textos apresentados cumprem esse objetivo e a avaliação de seu sucesso cabe ao leitor.

Referências

- CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vítor Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira – RDB*, ano 7, n. 18, 2017.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy contitution: cultura e lengua constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997.
- GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y punto de vista. *PollHis*, ano 5, n. 10, p. 89-100, 2012.
- GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. Em trajes brasileiros: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850). *Revista de História*, n. 169, p. 1-42, 2013.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. Às vésperas do *Leviathan*: instituições e poder político, Portugal – séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.
- _____. Governo, elites e competência social: sugestões para um entendimento renovado da história das elites. BICALHO, Maria Fernanda; FERLINI, Vera Lúcia Amaral. *Modos de governar: ideias políticas no império português*. São Paulo: Alameda, 2005, p. 39-44.
- _____. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Mem Martins; Sintra: Publicações Europa-América, 1998.
- _____. Entrevista. *Revista Tema Livre*, ano II, n. 6, p. 23, 2003.
- HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Lisboa: Almedina, 2003.
- KRAMER, Xandra E.; RHEE, C. H. van. Civil litigation in a globalising world: an introduction. In: _____. *Civil litigation in a globalizing world*. Rotterdam: Asser, 2012, p. 1-16.
- LEMPÉRIÈRE, Annick. Constitution, jurisdiction, codification: le libéralisme hispano-américain au miroir du droit. *Almanack*, n. 15, p. 1-43, 2017.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.
- RHEE, C. H. van. Harmonisation of civil procedure: an historical and comparative perspective. In: _____. *Civil litigation in a globalizing world*. Rotterdam: Asser, 2012, p. 39-63.
- TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: _____. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995, p. 1-10.
- VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marchin in. In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995, p. 13-26.
- VIANNA, Luiz Werneck. Poder judiciário, “positivação” do direito natural e política. *Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-281, 1996.