

O que é um juiz?

What is a judge?

Marcelo Lima Guerra*

Resumo

No presente estudo, procurarei oferecer algumas explicações mais detalhadas sobre esta distinção entre o “juiz-papel” e o “juiz-ator”, explorando idéias que foram sendo desenvolvidas na compreensão de outros fenômenos sociais, tais como a linguagem, os jogos etc. Trata-se de uma linha de investigações que tem sido rotulada de “neoinstitucionalismo”, a qual oferece um poderoso instrumento de análise, constituído por um conjunto de conceitos e expressões aqui denominado “léxico institucionalista”.

Palavras-chave: Juiz. Neoinstitucionalismo. Regras constitutivas.

Abstract

In the present paper, I will offer some more detailed explanations about the distinction between “judge-role” and “judge-actor”, exploring ideas that have been developed for the understanding of other social phenomena, such as language, games etc. They integrate a field of research that has been labeled “neoinstitutionalism”, which offers a powerful instrument of analysis, constituted by a set of concepts and expressions here denominated “institutionalist lexicon”.

Keywords: Judge. Neoinstitutionalism. Constitutive rules.

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz do Trabalho do TRT-7a Região. marcelolimaguerra@gmail.com

Introdução

A ninguém surpreende dizer que “ser juiz” não é uma propriedade “natural” de pessoas, como “ser moreno”, “ser magro” ou “ser alto” etc. É da ordem do banal e do óbvio afirmar que o juiz é uma espécie de “papel”, uma espécie de “personagem” do “drama jurídico”. Já quanto à definição deste “papel” ou “personagem”, não se pode falar em resposta banal ou óbvia. Talvez nem mesmo se possa falar em “única resposta” à questão “o que é um juiz?”

No presente estudo, procurarei oferecer algumas explicações mais detalhadas sobre esta distinção entre o “juiz-papel” e o “juiz-ator”, explorando ideias que foram sendo desenvolvidas na compreensão de outros fenômenos sociais, tais como a linguagem, os jogos etc. Trata-se de uma linha de investigações que tem sido rotulada de “neoinstitucionalismo”, a qual oferece um poderoso instrumento de análise, constituído por um conjunto de conceitos e expressões aqui denominado ‘léxico institucionalista’.

Acredito que o léxico institucionalista é útil por pelo menos duas razões. Em primeiro lugar, ele permite identificar com mais clareza pontos problemáticos na compreensão dos mais diversos institutos e instituições jurídicos, o que possibilita a percepção de uma “lógica” comum a todos eles. Em segundo lugar, ele serve para afastar, definitivamente, a possibilidade de se investigar tais assuntos de uma perspectiva essencialista, a qual tem se revelado fontes de insolúveis e estéreis “desavenças meramente linguísticas”.

1 De juizes e personagens: explorando a analogia

Até onde vai a analogia entre juizes e personagens de uma peça teatral? Há algo nessa analogia quase banal que aproveite a uma compreensão não banal sobre o juiz?

Um exemplo imaginário pode começar a esclarecer o ponto. Suponha que alguém não muito familiarizado com o mundo artístico vá ao teatro assistir uma peça da qual não conhece nada, apenas que se chama “Hamlet” e que este é também o nome de seu personagem principal. Tendo chegado quando já iniciada a peça, este espectador

dirige-se ao seu vizinho e pergunta: “Quem é o Hamlet?”, ao que o vizinho retruca apontando para alguém que o espectador reconhece como “Sir Lawrence Olivier, padrinho de seu melhor amigo”. Como explicar esta situação? Como é possível alguém ser Sir Lawrence Olivier e também ser Hamlet?

Num nível superficial de compreensão dos fenômenos, esta perplexidade parece se resolver facilmente: tudo seria uma questão de imprecisão linguística. “Hamlet” é o nome de um personagem fictício, ou seja, na verdade não existe uma pessoa que seja Hamlet, que seja constituída de uma matéria “hamletiana”, ou que haja a propriedade da “hamleteza” ou “hamletidade” que faz de uma pessoa, precisamente, o (ou um) Hamlet. Hamlet é um papel em uma peça e dificilmente se poderia dar dele uma definição melhor, num certo sentido da expressão “definição”. Sendo um papel, Hamlet pode ser desempenhado por atores, por pessoas reais que encenam Hamlet, que fazem o papel de Hamlet ou que, numa forma menos comum de se expressar, pessoas que “valem como Hamlet, no contexto daquela peça”.

O que já não é tão simples é a definição do que seja um papel ou um personagem de uma peça de teatro. Quanto a isso, um bom ponto de partida é dar-se conta que “Hamlet” é o nome de um personagem de uma peça que faz um determinado número de intervenções ou falas, entre elas uma particularmente famosa, a saber, “Ser ou não ser, eis a questão”. Daí parecer razoável definir um personagem de uma peça como um conjunto de falas.

É deveras fecunda esta definição de um personagem de uma peça pelo conjunto de suas falas. Esta possibilidade pode ser melhor compreendida com um outro exemplo imaginário, a seguir exposto. Sabe-se que os textos das peças de teatro (assim como o texto dos roteiros de filmes e formas congêneres) são convencionalmente dotados de uma tal forma, em que a fala de cada personagem está assinalada por ser antecedida pelo nome do personagem. Imagine um autor que resolve adotar uma outra convenção e atribui cores diferentes à impressão das falas de cada um dos personagens. Ao explicar a cada um dos atores a nova convenção, definindo os personagens da peça, ele diz “O Hamlet é o (personagem) das falas azuis”. Com isso em mente, é possível compreender de que maneira um personagem em uma peça

de teatro pode ser definido pelo conjunto de suas falas (sem prejuízo de que, na perspectiva interna ao mundo fictício, contexto em que “existe ficticiamente” o personagem, ele possa ser definido de uma maneira análoga àquela que pessoas comuns e reais são definidas, por exemplo, por ser louro ou moreno, irascível ou calmo, inteligente ou estúpido etc).

No que estas considerações sobre personagens fictícios de peças de teatro, definidos pelo conjunto de suas falas e que só adquirem uma “existência material” quando são representados por algum ator real, podem contribuir para esclarecer a noção de “juiz”?

Já se pode mesmo antecipar: o ponto de semelhança é que ambos, juízes (num certo sentido de “juizes”) e personagens (num certo sentido de “personagens”), existem apenas num nível ideal ou abstrato e, para se tornarem concretos, é necessário que alguém ou algo venha a valer como elas, assim como o Hamlet, para deixar de ser um mero texto, requer um ator. A relação entre Sir Olivier e Hamlet se revelará idêntica, sob este aspecto, entre certa pessoa e o “papel de juiz”, em certas condições, bem como aquela entre um pedaço de madeira e o “papel de torre (de xadrez)”, em certas condições. Por isso mesmo, de modo análogo à definição de Hamlet por um conjunto de falas numa peça, um juiz também pode ser definido pelo conjunto de atos que está autorizado a praticar.

Há, no entanto, uma primeira diferença, bastante óbvia, entre as falas que definem um personagem de uma peça de teatro, por um lado, e os “atos” que definem órgãos jurídicos, por outro: os “atos” do juiz são normativamente estipulados como possibilidade hipotética e não como um conjunto fechado de atos com teor já estabelecido, à espera de serem “consumados”, como são as falas de um personagem.

Uma outra diferença é que as entidades fictícias são criadas só pelo autor da ficção, enquanto que entidades como “juizes” são “criados” de modo muito complexo: através de pacotes de normas, estabelecidas não apenas por processos explícitos, mas também recebendo o influxo de informações culturais quase imperceptíveis.

2 O léxico institucionalista

A esta altura, é chegado o momento exato para se valer de um léxico ainda recente, mas já incorporado pela filosofia do direito

contemporânea¹, léxico este cujas raízes mais imediatas se encontram na filosofia da linguagem, mais precisamente na obra de John Searle. Muito embora alguns dos conceitos básicos desenvolvidos por Searle já tivessem sido utilizados antes dele, coube ao filósofo americano o importante papel de sistematizar estes conceitos e sua respectiva terminologia. Este léxico se assenta, portanto, na distinção adotada e difundida por Searle entre regras constitutivas e regras regulativas, de um lado, e entre fatos brutos e fatos institucionais, de outro lado.²

As regras regulativas disciplinam condutas e atividades que podem ser realizadas com total independência da existência de tais regras. Assim, as regras de etiqueta estabelecendo como se deve comer são exemplos paradigmáticos dessas regras. Já as regras constitutivas não se limitam a disciplinar condutas: elas tornam possível a própria existência de condutas e objetos, os quais sequer existiriam sem tais regras – e, precisamente por isto, são ditas constitutivas. Tais regras, que têm como exemplo paradigmático as regras de um jogo, são abundantes no universo jurídico (embora seja ainda recente a reflexão teórica sobre elas): aquelas que determinam os requisitos essenciais de um ato jurídico, as que definem certos objetos como cédulas de dinheiro e moedas, etc.

¹ Por “léxico” entendo um conjunto de conceitos e termos associados, construídos especificamente para um fim (puramente cognitivo ou prático); um “novo” léxico, na maior parte das vezes constituído pela simples redefinição mais atenta de certo conjunto de termos (e reconstrução de seus respectivos conceitos), abre novas perspectivas de explicação e operação (= construção) da realidade.

² Coube a John Searle (1969, p. 33-42) elaborar e difundir uma importante dicotomia entre duas espécies de normas, a saber, as normas regulativas (“regulative rules”) – aquelas que disciplinam comportamentos que podem ser realizados (bem como não realizados), independentemente de qualquer norma que os discipline – e as normas constitutivas (“constitutive rules”) – aquelas que fixam as condições de existência dos próprios comportamentos sobre os quais elas versam. Registro que o conceito de regra constitutiva já havia sido identificado antes de Searle, assim como a própria dicotomia mencionada, muito embora tenha sido a obra de Searle o principal fator de sua ampla recepção na filosofia contemporânea; cf. Amedeo Conte (1995, p.324-327), que aí documenta a presença de, ao menos, uma das modalidades de normas constitutivas, aquela que Conte chama de “regole eidetico-costitutive”, em obras de Johannes K. Thomaes, Edmund Husserl, Ludwig Wittgenstein e Ernst Mally. Anoto, ainda, que essa distinção entre

A segunda distinção, estreitamente ligada à primeira, é aquela entre fatos brutos e fatos institucionais. Os fatos brutos são aqueles cuja ocorrência independe de qualquer regra formulada pelo homem. Assim, são exemplos paradigmáticos de fatos brutos os eventos naturais, incluindo processos e objetos. Já os fatos institucionais são aqueles que só podem ocorrer, só podem existir por causa de um sistema de regras (precisamente, as regras constitutivas da primeira distinção), sistema esse que, normalmente, é também reconhecido pelo nome de “instituição”. São exemplos paradigmáticos de fatos institucionais os atos jurídicos, as jogadas de um jogo, o Estado, o dinheiro etc.

Segundo Searle (1969, p. 50-53), toda instituição consiste num sistema de regras constitutivas, de tal forma que a todo fato institucional subjaz “uma (um sistema de) regra(s) da forma ‘X vale como Y no contexto C’”. No entanto, como demonstrarei, esta fórmula adotada por Searle é insuficiente para capturar os aspectos fundamentais dos fatos

² regras constitutivas e regulativas foi absorvida pela filosofia contemporânea do direito, e a categoria da norma constitutiva tem sido objeto de inúmeros estudos – os quais permitiram a identificação de diversas subespécies (nesse sentido, Conte (1995, p. 329-339); cf., ainda, Tecla Mazzaresse (1989, p. 39-47), que investiga a distinção entre normas regulativas e constitutivas e as possíveis espécies dessa última categoria, também com relação às metanormas) – tendo se revelado muito mais eficaz, como instrumento de análise, do que, por exemplo, a mais antiga categoria da “norma técnica”. Na medida em que, na obra de Searle, a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais é formulada conjuntamente (uma servindo para formular a outra) com a de regras constitutivas e regulativas, foi também ele quem traçou os contornos atuais do conceito de fatos institucionais, difundindo-o amplamente na filosofia contemporânea, mesmo que a ideia subjacente ao conceito searliano não seja rigorosamente nova [é quanto está documentado, com precisão, por Giuseppe Lorini (2000)]. Searle (1969) elabora o conceito de fato institucional em contraposição àquele de fato bruto. Por fatos institucionais entende aqueles fatos que só podem acontecer, só são possíveis, graças a um conjunto de regras e convenções. São fatos que não existem in rerum natura. Exemplo paradigmático são as jogadas de um jogo: nenhum movimento natural do homem pode constituir um “roque”, um “xeque-mate” ou um “gol”, a menos que existam regras (de xadrez e de futebol, respectivamente) que definam tais jogadas, ou o que vale como elas. O mesmo vale para quase todos os atos jurídicos: “comodatos”, “casamentos”, “demissões” são atos que só podem existir e serem cometidos em função de regras que os definam. Ao contrário, os fatos brutos são aqueles que ocorrem com total independência de qualquer regra: são os fatos naturais. Cf. John Searle (1969, p. 50-53). O uso dessa distinção como ferramentas conceituais tem se difundido amplamente, também na filosofia e teoria do direito, e daí para outras áreas da ciência jurídica. Cf., a respeito, e apenas a título exemplificativo, a clássica obra de Maccormick e Weiberger (1986) e amplo registro histórico de Giuseppe Lorini (2000)

institucionais, sobretudo do sistema de regras constitutivas que lhes é subjacente.³

Nesta ordem, vale advertir que, rigorosamente, “X vale como Y no contexto C” ainda não expressa regra alguma. Trata-se apenas da forma lógica (esquema lógico) de sentenças que veiculam regras. Para que se tenha uma dessas sentenças é necessário substituir as variáveis “X”, “Y” e “Z”, da mencionada fórmula, por expressões linguísticas (significativas, obviamente). Assim, a sentença ‘A tampa da garrafa vale como peão no contexto desta partida’ veicula uma regra constitutiva com a forma “X vale como Y no contexto C”. Portanto, só quando ocorre a substituição das variáveis “X”, “Y” e “C” – no exemplo dado, por “tampa da garrafa”, “peão” e “desta partida”, respectivamente – é que se obtém uma regra (rectius: uma sentença apta a veicular uma regra).

Convém, agora, introduzir os termos “X-expressões”, “Y-expressões” e “C-expressões” para designar qualquer expressão linguística que substitua, numa sentença que instancie a forma lógica sob comento, respectivamente, as variáveis “X”, “Y” e “C”.⁴ Feito isso, é de se observar que na forma lógica indicada, as variáveis “X”, “Y” e “C” assinalam o lugar de expressões linguísticas com funções distintas e bem delineadas. As C-expressões indicam o contexto de aplicação de regras constitutivas. As X-expressões designam as entidades às quais se convencionou atribuir, com a regra constitutiva, o valor institucional em questão. As Y-expressões, enfim, nomeiam o fato institucional constituído por tal regra.

Denomino tais regras constitutivas, por razões que se tornarão plenamente claras mais adiante, de “E-regras constitutivas”.⁵ A função

³ O próprio Searle (1969, p. 59), ao analisar a promessa, demonstra isso. Aquela que ele define como “regra da condição essencial” não pode ser considerada como sendo dotada da (ou instanciando a) fórmula “X vale como Y no contexto C”. No texto, será demonstrado que “Y” precisa ser constituído ou definido por outras regras e tais regras correspondem, precisamente, àquelas que Searle chama de “regras de condição essencial”.

⁴ Atenção: o que denomino “X-expressões”, “Y-expressões” e “C-expressões” não são tipos distintos de expressões linguísticas, propriamente, mas funções distintas de expressões linguísticas. Em princípio, qualquer expressão linguística pode “funcionar como” X-expressão ou como Y-expressão.

⁵ Mais tarde, ficará também esclarecido que tais regras conjugam-se com outras, que denominarei “V-regras”.

delas, como se percebe, é a de selecionar a entidade ou o gênero de entidades ao qual o sistema de regras constitutivas de determinada instituição ou fato institucional atribui este valor institucional, nomeado por uma Y-expressão.

Nesta ordem, está preparado o terreno para formular uma indagação importante: a que se referem as expressões linguísticas que podem substituir “Y” numa regra constitutiva que instancie a fórmula “X vale como Y no contexto C”? Dizer que tais Y-expressões nomeiam aquilo que se reconhece como um fato (ato ou objeto) institucional é insuficiente, pois ainda cabe perguntar o que nomeia uma expressão que nomeia um fato institucional? Isto, um fato institucional, em que consiste? De que ele é feito?

Aqui, começa a se revelar, com mais clareza, a insuficiência das E-regras constitutivas (aquelas com a forma lógica “X vale como Y no contexto C”) para dar conta dos complexos fenômenos designados pela expressão “fatos institucionais”.⁶ Para que se possa atribuir certo valor institucional (designado por Y-expressões) a determinada entidade (designada por X-expressões), é necessário também que este valor exista, ou melhor, que seja definido. Assim, não basta que uma X-expressão tenha uma referência para que uma E-regra não seja vazia: também é necessário que a respectiva Y-expressão designe algo existente. Do contrário a atribuição feita por uma E-regra constitutiva seria vazia (como seria a própria regra). Ora, não sendo o valor institucional, obviamente, uma propriedade natural, algo que exista in rerum natura, ele próprio precisa ser constituído. Assim, há a necessidade de outras regras constitutivas, precisamente as que estipulem o valor institucional que as ditas regras E-constitutivas atribuem a certas entidades.

Desde logo, já se pode antecipar que os valores institucionais são, no mais abstrato nível de discurso sobre eles, possibilidades de ser, incluindo-se nessa noção a possibilidade de transformar a posição normativa de outrem, a possibilidade de fazer algo, a possibilidade de estabelecer correspondências a uma propriedade natural ou institucional etc. Por simplicidade (mas também creio que o nível de abstração do

⁶ Bem como, ainda se verá, a simples expressão “fatos institucionais” é insuficiente, sendo necessário duplicá-la em “fato institucional-valor” e “fato institucional-entidade”.

discurso acima permite-me a tanto), adoto para tais regras constitutivas das possibilidades de ser, em que se traduz um determinado valor institucional,⁷ a forma lógica “Se Y então Z”. Denomino, ainda, tais regras constitutivas de V-regras constitutivas.⁸

Esta dicotomia de regras constitutivas é bem visível nas regras de um jogo. Parte de tais regras de jogo é destinada à função de definir quais são os personagens ou participantes do jogo (são, portanto, E-regras constitutivas), ou melhor, de trazer para dentro do jogo o que está fora dele. Estas são regras do tipo “X vale como Y no contexto C” e bem podem ser consideradas como regras de constituição estática. A outra parte das regras de um jogo é destinada à função de definir “o que são” os personagens ou participantes do jogo, pela determinação “do que fazem” (= “do que estão autorizados a fazer”). Estas são as regras do tipo “Se Y, então Z”, ou melhor, “Y pode fazer Z”, ou seja, as V-regras constitutivas, as quais bem podem ser consideradas como regras de constituição dinâmica.

Reunindo os pontos já firmados, creio ser possível arriscar uma resposta à indagação voltada a saber a que se refere uma Y-expressão numa regra da forma “X vale como Y no contexto Z” (ou seja, uma E-regra constitutiva). Da análise das E-regras constitutivas (com a forma “X vale como Y no contexto C”), recordo que as X-expressões se referem, direta ou indiretamente, a entidades existentes antes da instituição das regras mesmas. A estas entidades é que se atribui o valor institucional Y, nomeado pela Y-expressão de regras da forma “X vale como Y no contexto C”.

⁷ Valor este que, recordo, atribuído a um substrato empírico, selecionado segundo E-regras constitutivas, qualifica este substrato como determinado “fato institucional”, em um dos sentidos desta ambígua expressão.

⁸ Aqui, nem é relevante tomar partido quanto à questão de saber se as regras com estrutura “X vale como Y” e as regras com a estrutura “Se Y, então Z” são, de fato, conjuntos distintos de regras, ou partes distintas de uma só estrutura mais complexa, do tipo “Se X, então Z”. Tendo em vista a complexidade que esses agregados de regras constitutivas apresentam na vida social é conveniente, em nome da clareza, considerar como sendo distintas tais regras, sendo inofensivo que, eventualmente, uma pesquisa mais aprofundada venha a revelar que, rigorosamente, isto que é tido como sendo dois conjuntos de regras distintas, são apenas dois conjuntos de elementos associados de regras complexas

Por outro lado, da análise das V-regras constitutivas (com a forma “Se Y, então Z”), recordo que as Z-expressões se referem, precisamente, ao que melhor se candidata como “substância” deste “valor institucional”, ou seja, as mencionadas possibilidades de ser. Que sobraria, então, como referência de Y-expressões?

Nada, na linha da clássica resposta de Alf Ross (1976). Com efeito, além das pessoas a que se atribui o “valor institucional de juiz”, designadas por “X-expressões” e o conjunto de possibilidades de ação no que se traduz este valor, designadas por ‘Z-expressões’, não haveria mais nada a que se referir. Assim, o E-juiz, nomeado por uma Y-expressão, não é uma “entidade a mais”, além dessas duas realidades – o substrato e o valor institucional, mas sim a entidade tida como portadora do valor.

O valor institucional constituído pelas V-regras constitutivas, consistente nas possibilidades de ser, as quais são referidas pelas Z-expressões, é atribuído diretamente às entidades selecionadas por E-regras constitutivas e referidas pelas X-expressões. As Y-expressões são, em princípio, apenas ferramentas linguísticas para imputar o valor institucional constituído por V-regras constitutivas às entidades indicadas por E-regras constitutivas (referidas por X-expressões).

Observo, no entanto, um fenômeno curioso relativo às expressões normalmente utilizadas para nomear fatos institucionais, as quais vêm a ser aquelas que instanciam Y-expressões. Com a ajuda do léxico até agora desenvolvido, será possível demonstrar que todas essas Y-expressões, nomes de fatos institucionais, padecem de uma ambiguidade característica.

Todas as Y-expressões são empregadas para denominar tanto um determinado tipo de fato institucional, como também um fato institucional concreto deste tipo. É o que comprova a circunstância de que todas essas expressões podem, corretamente, substituir “Y”, em afirmações (verdadeiras) com a forma “Y é um fato institucional”. Por isso mesmo, a própria expressão “fatos institucionais” padece da mesma ambiguidade. Assim, tanto a expressão “fato institucional”, como todas as “Y-expressões”, são empregadas para [o usuário] se referir:

- (a) ora a determinado valor institucional, em si mesmo considerado [conjunto de possibilidades de ser];
- (b) ora a uma entidade particular [concreta ou abstrata], tomada como portadora de determinado valor institucional;

Dessa forma, para eliminar a ambiguidade e manter-se advertido desta complexidade dos fenômenos a que Searle (1969) (e tantos outros, na sua esteira) se referiu indiscriminadamente com a expressão “fatos institucionais”, é oportuno introduzir a seguinte terminologia:

- (a) com a expressão “V-fato institucional”, designo o valor institucional, que regras do tipo “Se Y, então Z” [V-regras constitutivas] definem e que regras do tipo “X vale como Y” atribuem a certas entidades [E-regras constitutivas];
- (b) com a expressão “E-fato institucional”, designo a entidade concreta, dotada de coordenadas espaciais e/ou temporais próprias já tomadas como “portadoras” do valor institucional Y, segundo regras do tipo “X vale como Y”.

Não é necessário decidir, aqui, se personagens de uma peça de teatro são fatos institucionais ou se a própria “lógica da institucionalidade” é derivada da “lógica ficcional”. Basta perceber que a desambiguação traçada para “fato institucional”, e aplicável a toda expressão que nomeia um fato institucional, também serve para lidar com a perplexidade descrita no início do presente escrito, consistente em alguém “ser Sir Lawrence Olivier” e, ao mesmo tempo, “ser Hamlet”.

Com efeito, é possível considerar “Hamlet” como expressão ambígua e identificar os dois sentidos distintos com que ela é utilizada, de modo análogo ao que se fez com “fato institucional”. Assim, ter-se-ia o seguinte:

- (a) com a expressão “V-Hamlet”, designo o personagem enquanto mero conjunto de falas;
- (b) com a expressão “E-Hamlet” designo o ator considerado não com tal, mas como a incorporação do personagem.

Retornando, agora, à apresentação da peça, o nosso expectador, dominando o léxico institucionalista, saberia compreender assim a situação: “Sir Oliver, o padrinho de meu melhor amigo, é o E-Hamlet, ou seja, aquele a quem foi atribuído o V-Hamlet, no contexto dessa peça”.

3 Juiz como fato institucional e a ambiguidade previsível de “juiz”

Tudo isto calha, perfeitamente, a uma compreensão mais rigorosa da “constituição ontológica dos juízes” e da contribuição que para tanto nos oferece a analogia entre um juiz e um personagem numa peça teatral.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar o óbvio: não existem juizes in rerum natura. Nenhum ser humano pode ser dito como possuindo (ou não), como um atributo integrante de sua constituição ontológica natural (ou cultural, ou seja, minimamente normativa) enquanto ser humano, um atributo tal como “magistradeza” ou “judgeness”, o qual caracterizaria alguém dele possuidor como um “juiz por natureza”. Por aí já se pode compreender que juiz é um fato institucional, quer dizer, como uma categoria dos fatos institucionais, a saber, a dos agentes institucionais. Assim, o léxico institucionalista se revela útil na compreensão de aspectos fundamentais da noção de juiz, ao menos para permitir articular, de modo explícito, intuições comuns sobre tal noção.

Dessa forma, há um “valer-como-juiz”, que é atribuído a certos substratos empíricos (ou “suportes fáticos”) – pessoas (até agora!), individual ou colegiadamente – segundo certas regras (constitutivas). De outra parte, aquelas entidades concretas, às quais as mencionadas regras atribuem o “valer-como-juiz”, quando tomadas como portadoras de tal “valer”, e não mais como tais, entidades concretas do gênero a que pertençam, então é necessário distinguir aquele terceiro nível, distinto tanto do “valer-como-juiz”, como do nível da “entidade concreta” ou “suporte fático” [no caso, pessoas, individual ou colegiadamente consideradas], correspondente ao da “entidade-concreta-valendo-como-juiz”, ou seja, da entidade concreta, não mais considerada como si mesma, mas tomada institucionalmente como portando o “valor-de-juiz”.

Há, portanto, também no caso do amplo espectro de situações referidas pelo termo “juiz”, uma radical distinção entre dois grupos de casos, o que configura a ambiguidade denunciada. “Juiz” é termo que se refere tanto ao “valor-institucional-de-juiz”, como àquele “suporte fático” ao qual é atribuído tal valor institucional, considerado este suporte fático

não em sua própria constituição ôntica, mas como portador concreto do valor-institucional-de-juiz.

Como se vê, ‘juiz’ padece da mesma ambiguidade já denunciada quanto a ‘fato institucional’, “Hamlet” e “dinheiro”. Para lidar com esta ambiguidade de “juiz”, introduzo, agora, os dois novos termos “V-juiz” e “E-juiz”, reproduzindo o tratamento da ambiguidade de “fato institucional” e “Hamlet”. Dessa forma,

- (a) com a expressão “V-juiz”, designo o “valor-institucional-de-juiz”,
- (b) com a expressão “E-juiz”, designo “suporte fático” ao qual é atribuído o mencionado “valor-de-juiz”.

Seja recordado, em seguida, que tanto o próprio “valor de juiz”, como os atributos (ou critérios) utilizados na construção dos tipos de entidades concretas às quais se atribui aquele valor institucional, são constituídos por um sistema de regras constitutivas, que possibilita qualquer fato institucional existir. É fácil identificar, neste sistema de regras, aquelas que estipulam os critérios com base nos quais é atribuído, por este mesmo sistema, este “valor de juiz” a certas entidades concretas. O conjunto de regras e atos envolvidos na seleção de magistrados funcionam, claramente, como uma “megaregra” redutível, todavia, à forma “X vale como Y no contexto C”.

Mais difícil é a identificação das regras que constituem o próprio “valer como juiz”. É aqui que a analogia entre juizes e personagens de uma peça teatral se revela mais útil. Tomando a análise antes realizada sobre o que seria o V-Hamlet como modelo para a análise de todo e qualquer fato institucional, o V-juiz consistiria em algo análogo a “um conjunto de falas”. Assim, a mais previsível das tentativas de “definir” um juiz é, precisamente, pela função específica que desempenha, função esta que se articula ou se traduz, bem observadas as coisas, em um conjunto [razoavelmente determinado] de competências, as quais definiriam mesmo esta função. Eis o paralelo: os atos com os quais o juiz exerce uma competência normativa são as suas “falas”.

Com a “pista” fornecida pela análise anterior, seguindo o modelo exposto, é fácil identificar o V-Juiz como o conjunto de autorizações para a prática de atos específicos, mais precisamente, atos que constituam,

extingam ou modifiquem posições normativas de outros agentes.⁹ Ora, “competência normativa” ou “poderes legais” são expressões já consagradas para designar, precisamente, esta autorização para a prática de ato que constitui, extingue ou modifica posição normativa de outros agentes. Assim, é possível definir competência normativa ou poder legal, na esteira de Torben Spaak (1994), como a possibilidade hipotética atribuída normativamente a uma pessoa de causar mudanças em alguma posição normativa (de pessoas ou de bens).¹⁰ Ademais, tal autorização para praticar atos normativos – aqueles cujo sentido são normas jurídicas – é, ela própria, uma norma. Tal norma denomina-se, tradicionalmente, norma de competência ou norma que confere poder.

Desta forma, é possível identificar no conjunto de normas que estabelecem as competências judiciais, aquelas que instituem o V-juiz, e este “valor institucional” nada mais seria, portanto, do que o conjunto destas competências ou poderes. O conjunto das regras que fixam as competências atribuídas a “quem-quer-que-valha-como-juiz” funciona, em bloco, como uma só regra da forma “Se Y, então Z”. São estas, portanto, as V-regras constitutivas do V-juiz (isto é, do “valer-como-juiz”).

Por aí se percebe que, à luz do léxico institucionalista, um V-juiz não pode ser nada além de quanto constituído por Y-regras, o valer como juiz constituído por tais regras e, também por elas, atribuído a certas entidades concretas. Já um E-juiz é, trivialmente, a entidade concreta que, segundo as regras mencionadas, é considerada como “valendo como juiz na circunstância C”, ou seja, qualquer entidade concreta que atenda às exigências para ser um V-juiz, ou valer como um V-juiz, postas por E-regras constitutivas.

⁹ Uma outra maneira de formular o mesmo conceito, mais intuitiva e próxima à metáfora do personagem, seria assim: o V-juiz é o conjunto dos atos específicos de alteração de posição normativa, para os quais exista uma autorização para que ele pratique. É aqui, todavia, que convém desviar-se da metáfora do personagem: Hamlet tem um conjunto fechado de falas, mesmo que, enquanto “não faladas” ou enunciadas concretamente, restem como “possibilidade de enunciação”; mas os atos que um juiz está autorizado a realizar não estão previamente estabelecidos, nem conhecidos. Daí a importância de destacar não o “ato”, mesmo com a qualificação de “possível”, mas a própria “possibilidade de ato”, que se reveste, no caso de atos judiciais, de sabor normativo.

¹⁰ Spaak (1994) adota, ainda, a sugestiva expressão “C-ato” para designar, especificamente, os atos de exercício de qualquer competência.

Tais respostas, contudo, valem mais por possibilitar a colocação de novas (e mais interessantes) questões, a surgirem dos questionamentos a que se pode submeter estas mesmas respostas. Assim, tendo em vista o que se disse sobre o que é um V-juiz, cabe indagar se há limites culturais ao que pode ser criado como “valer-institucional-como-juiz”, ou se o institucionalismo vai tão longe [o que não está definido só pelo uso do léxico] a ponto de admitir a constitutividade total e irrestrita do normativo? Da mesma forma, tendo em vista o que se disse sobre o que é um E-juiz, convém indagar se há algum limite não jurídico ao que pode ser normativamente estabelecido como aquilo a que se pode atribuir o valer-como-juiz? O que impediria, por exemplo, que certos computadores possam vir a ser E-juizes, se e quando venham a ser capazes de realizar as tarefas que identificadas nas possibilidades que integram o V-juiz?

4 Juiz e função jurisdicional

A análise de “juiz” com o léxico institucional permite compreender aspectos importantes da noção de função jurisdicional. Muito se discutiu em doutrina sobre a “definição real” de função jurisdicional, como se ela fosse um “tipo natural”, ou seja, algo existente in rerum natura. Ora, nos termos aqui expostos, o que se reconhece como função jurisdicional (vale dizer, aquilo que se sabe dela num nível mais elementar, onde as controvérsias ainda não se manifestaram) é aquilo aqui identificado como o V-juiz, ou seja, o conjunto de competências normativas que constituem o “valor institucional de juiz” (ou o “papel de juiz”).

Só este enquadramento já basta para revelar quão equivocado, nas suas pressuposições básicas, o tipo de investigação voltada a uma definição real de função jurisdicional. Sendo ela um fato institucional, determinar sua “natureza” nada mais é do que levantar as suas regras constitutivas, mais precisamente, as suas V-regras constitutivas.

Compreende-se, portanto, que aquilo que se reconhece como função jurisdicional, enquanto uma das funções estatais, só pode ser compreendido à luz de um peculiar ordenamento jurídico. É que tal figura nada mais é do que um conjunto ou agregado de normas, uma instituição, pertencente a outro conjunto ou agregado de normas, a saber, a instituição chamada “Estado”.

5 Juiz e providência jurisdicional

Finalmente, vale advertir que o léxico dos fatos institucionais e o que se disse com ele sobre juízes, muito contribuem para que se possa dizer coisas interessantes também sobre providências jurisdicionais, uma das categorias fundamentais do ordenamento jurídico, em qualquer das suas versões contemporâneas.¹¹

De início, convém partir de uma observação banal: algo, o que quer que seja, é dito ser uma providência jurisdicional por ser uma providência tomada por um juiz, enquanto juiz. Se João é um juiz (“vale como juiz”, no contexto adequado, segundo o léxico institucionalista) e toma a “providência” de instalar um novo sistema de segurança em sua residência, nem por isto a “providência” tomada será jurisdicional.

Esta observação é banal e formulada em um vocabulário confuso, precisamente aquele que foi substituído pelo léxico institucionalista – no qual ela poderia ser vertida com vantagem. No entanto, ela é suficiente para possibilitar a “aplicação” do quanto foi afirmado sobre juízes.

Pelo que se disse, a providência jurisdicional é, precisamente, o ato que um E-juiz, por ser tal [= valer como um V-juiz], está autorizado a praticar, por uma das normas de competência normativa, que, no seu conjunto, definem o V-juiz. Dito de outro modo: a providência jurisdicional é ato que um E-juiz tem competência normativa para praticar, competência esta que, junto a outras instituídas por um pacote de V-regras constitutivas, vem a ser aquilo que o V-juiz [= valer-

¹¹ Tal categoria (de fenômenos jurídicos) é tão fundamental que deve ser reconhecida como integrando o objeto de estudo, antes que de uma teoria do processo, da própria teoria (geral) do direito. Ela, no entanto, tem sido negligenciada pela teoria geral do direito de feição clássica ou tradicional – fortemente centrada, como se sabe, no estudo das normas jurídicas, e ainda assim numa certa visão muito estreita de norma, a ponto de não perceber as várias interpolações entre ambas categorias, a de norma jurídica e a de providência jurisdicional. Além disso, apesar de um dos pontos das acirradas discussões na processualística civil brasileira mais recente consistir nas possíveis modalidades efetivamente existentes de providência jurisdicional (às vezes se cometendo o equívoco lógico de confundir classificação de fenômenos com a constatação e descrição de fenômenos), uma definição clara e precisa do que seja uma providência jurisdicional não tem recebido a devida atenção dos processualistas.

institucional-como-juiz] é, ou aquilo em termos do que se pode definir um V-juiz.

Dessa forma, a providência é um C-ato, ou seja, um ato de exercício de uma das competências “jurisdicionais”, vale dizer, atribuídas ao juiz (isto é, a quem vale como juiz) e que o definem enquanto órgão ou função do ordenamento jurídico. Por isso mesmo, não existem providências jurisdicionais concretas que não sejam, ontologicamente, exercícios de normas de competência. Daí a conclusão: o que faz jurisdicional uma providência é ter sido ela “tomada” no exercício de uma competência normativamente atribuída a juiz.

Esta análise pode, entretanto, ser ainda mais enriquecida quando se faz a distinção entre uma V-providência jurisdicional e uma E-providência jurisdicional. Dessa forma, também providências jurisdicionais são normativamente constituídas, na medida em que a própria possibilidade de elas existirem, o valer institucional que elas concretizam e quais as porções do real (substrato empírico) que valerão como portando este valer institucional em certas circunstâncias, tudo isso, enfim, é feito de e por normas, ou melhor, atos humanos cujo sentido são normas constitutivas.

Este modo de compreender as providências jurisdicionais pode ser bastante útil, no tratamento de certos problemas relativos a “classificações” e “tipologias” de providências jurisdicionais e temas correlatos. Por este mesmo viés institucionalista, compreende-se também porque todas as características de providências jurisdicionais, sobretudo aquelas características que são utilizadas na determinação/criação das categorias fundamentais de providências jurisdicionais, correspondem, necessariamente, a um elemento da moldura criada pela norma de competência que autoriza a emissão de tal providência.

É nesse sentido, portanto, que a afirmação “no ordenamento brasileiro, existem providências de tais ou quais características (modalidades)” é equivalente à (se traduz na) afirmação: “no ordenamento brasileiro, o órgão jurisdicional tem competência (estabelecida nas respectivas normas de competência) para emitir providências com tais ou quais características” (características estas que são determinadas pelas próprias normas de competência, ou outra norma que discipline,

em caráter secundário – por exemplo, meramente procedimental – as providências delineadas nas normas de competência).¹²

Daí ser fundamental advertir que ‘características das providências jurisdicionais’ é expressão que há de ser entendida em sentido amplo. Em sentido estrito, a expressão mencionada designa apenas atributos da própria conduta do juiz, qualificada como providência jurisdicional. Contudo, para fins de elaboração de tipologias relevantes de providências jurisdicionais,¹³ o que normalmente se aponta como “características das providências” (inclusive no que se disse anteriormente sobre tipos de providência jurisdicional) consiste, na verdade, nos diferentes efeitos que ela pode ter, nas diferentes finalidades perseguidas, nos diferentes requisitos a que sua emissão está condicionada e coisas assim.

Nesta ordem de ideias, cumpre advertir para uma ambiguidade da expressão “medida (ou meio) judicial”, que impede considerá-la como perfeitamente sinônima de “providência jurisdicional”. Com efeito, às vezes “medida judicial” é expressão utilizada para se referir a condutas ou pronunciamentos judiciais. Nesse caso, ela é expressão sinônima de “providência jurisdicional”. Mas, às vezes, “medida judicial” – sobretudo quando se fala em “medida judicial de tipo X” – é expressão utilizada para designar não uma conduta judicial, mas os seus efeitos. É o que ocorre, por exemplo, quando se fala em “decisão que concede medida cautelar”. Aqui, “medida cautelar” (ou, para manter a simetria, “medida judicial do tipo ‘cautelar’”) não designa um ato do juiz, pois esse ato é referido pela expressão “decisão que concede[...]”. “Decisão que concede medida cautelar” é expressão equivalente a “providência cautelar”, e “medida cautelar”, naquela primeira expressão, designa os efeitos característicos que qualificam uma providência jurisdicional como providência cautelar.

Essa mesma ambiguidade afeta também a expressão “tutela jurisdicional”. Assim, quando se fala em “conceder tutela jurisdicional

¹² Esse ponto tem sido ignorado e negligenciado, com efeitos malévolos, na discussão ainda recente sobre a distinção entre providências (ditas) cautelares e providências (ditas) antecipatórias.

¹³ Melhor talvez dizer, para não incorrer em algum preconceito sobre o que é ou não relevante, “para fins de elaboração de tipologias de providências jurisdicionais, como aquelas a que pertencem tipos como providência executiva, providência cautelar, providência antecipatória etc.”

do tipo X”, não se está referindo a providências jurisdicionais de certo tipo, mas aos efeitos de certo tipo de providências jurisdicionais. Por outro lado, também se usa a expressão “tutela do tipo X” – v. g. tutela cautelar – para se referir, coletivamente, a providências jurisdicionais de certo tipo.

Conclusão

A análise realizada da noção de juiz, à luz do vocabulário neoinstitucionalista, põe em máxima evidência o caráter eminentemente convencional (ou artificial) desta instituição jurídica, a exemplo do que se dá com tantas outras. À guisa de conclusão, vale pontuar que há pelo menos duas implicações de grande relevância a se extrair deste ponto: uma ontológica e outra epistemológica.

Do ponto de vista ontológico, as instituições jurídicas, entre elas o juiz, são desprovidas de uma “essência” independente das normas que as constituem. Antes e “fora” do conjunto das normas constitutivas de certa instituição, sequer existe essa instituição. Claro que toda instituição não é criada “no nada”, mas a partir de elementos da experiência comum – anseios, expectativas e valores culturais – aos quais toda instituição está funcionalmente ligada: as instituições são ferramentas culturais para a realização de objetivos humanos, conformados em termos daqueles elementos da experiência comum.

Do ponto de vista epistemológico, o caráter convencional das instituições jurídicas condiciona os métodos adequados para compreendê-las. Há uma parte puramente “descritiva” dessa compreensão, a qual não pode ir além da compreensão das normas que as constituem. Além dessas normas, não há mais nada a compreender descritivamente quanto a uma instituição jurídica. Isto, todavia, de nenhuma maneira significa que as instituições estão imunes a críticas, mas permite identificar com clareza de onde pode partir e em que termos devem ser formuladas tais críticas. O caráter convencional das instituições jurídicas, como se mencionou, põe às vistas sua funcionalidade intrínseca, ou seja, a peculiaridade delas de serem, na realidade, ferramentas para fins e objetivos formatados com elementos da experiência comum, portanto, ligados à cultura. É com base nestes elementos, sobretudo os valores éticos, que as instituições jurídicas podem ser criticadas ou aplaudidas.

Dessa forma, o debate torna-se mais franco: ao invés de se forjar “essências” de um instituto, como estratégia retórica para reivindicar a observância de certos valores, a realização de certos objetivos, são os próprios valores e objetivos que devem ser postos em discussão (junto com a aptidão desta ou daquela formatação do instituto jurídico para promovê-los). Com efeito, qualquer instituição jurídica pode servir, dependendo de sua constituição, a diferentes valores, normalmente contrapostos, o que torna as instituições jurídicas o ponto de intensas discussões. Essas discussões, todavia, não devem ser conduzidas como se fossem “ontológicas”, e se assumirem sua natureza simplesmente ética ou axiológica.

Assim, “o que é um juiz?” nem chega a ser a questão mais relevante, pois o juiz será o que as normas respectivas constituírem como V-juiz. O ponto realmente desafiador é questionar o que deve ser um juiz, o que é o mesmo que indagar quais são os valores a serem realizados, e em que medida, com a instituição-juiz? Esta é a questão prioritária a ser formulada a cada momento da “vida” de uma instituição como esta.¹⁴

¹⁴ Tendo recebido a consagração na Constituição, como direitos fundamentais, torna ainda mais imperativo o recurso a tais valores na reconstrução racional e crítica das instituições jurídicas.

Referências

CONTE, Amedeo G. Fenomeni di fenomeni. In CONTE, Amedeo G. **Filosofia del linguaggio normativo**. Torino: G. Giappichelli, 1995. v. II. p. 313-346.

_____. Paradigmi di analisi di una regola in wittgenstein. In: CONTE, Amedeo G. **Filosofia del linguaggio normativo**. Torino: G. Giappichelli, 1995. v. II. p. 265-312.

LORINI, Giuseppe. **Dimensioni giuridiche dell'Istituzionale**. Padova: CEDAM, 2000.

MACCORMICK, Neil; WEIBERGER, Ota. **An institutional theory of law**. Dordrecht: D. Reidel, 1986.

MAZZARESE, Tecla. **Logica deontica e linguaggio giuridico**. Padova: CEDAM, 1989.

ROSS, Alf. Tû-Tû. In: SCARPELLI Uberto (Ed.). **Diritto e analisi del linguaggio**. Milano: Edizioni di Comunità, 1976. p.165-181.

RUITER, Dick W. P. **Institutional legal facts**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1993.

SEARLE, John. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SPAANK, Torben. **The concept of legal competence: an essay in conceptual analysis**. Tradução de Robert Carroll. Aldershot: Dartmouth, 1994.

Recebido em: 15/06/10

Avaliado em: 06/09/10

Aprovado para publicação em: 14/09/10