

# **Poder Judiciário**

## **Autonomia e Justiça \***

### **1. Função Jurisdicional e Judiciário**

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, a esse Poder o monopólio da função jurisdicional. Não há mais autorização para a criação de contenciosos administrativos, tal como ocorria com a Constituição revogada. Por isso que o **princípio da inafastabilidade da apreciação judicial** obteve, com o novo Pacto Fundamental, uma carga semântica reforçada. Com efeito, estabeleceu o Constituinte que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça a direito**” (art. 5º, XXXV, da CF). A Constituição anterior referia-se apenas à hipótese de lesão e, pois, não àquela de ameaça. Essa simples alteração na textura lingüística da norma pode favorecer a emergência de teses que procuram restringir a liberdade de conformação normativa do Legislador quando atuada para suprimir mecanismos, ainda que de ordem infra-constitucional, existentes exatamente para a proteção de direitos ainda que não lesionados mas, entretanto, ameaçados de lesão.

Possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário constitui a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades, entre elas o Presidente da República, pela prática de crimes de responsabilidade (competência, esta, que se repete, também, no plano estadual). Mas aqui, afinal, não se pode dizer com firmeza se tal competência constitui, mesmo, exercício de função jurisdicional. Ademais,

---

(\*) Exposição preparada para o II Congresso dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná realizado, pelo SINDIJUS, em Curitiba, nos dias 25 e 26 de Setembro/92.

pela lógica do sistema constitucional de controle recíproco entre os Poderes, deve mesmo caber ao Legislativo, e não ao Judiciário, o julgamento de questão que envolve, afinal, juízo tipicamente político e, pois, não jurídico como aquele atuado pelos exercentes de cargos judiciais.

Essa possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do judiciário, todavia, não compromete a expressão desse Poder. Apanhe-se o direito comparado, e então veremos a situação privilegiada do judiciário brasileiro. Na França, sob o prisma constitucional, não existe verdadeiro Poder Judiciário, mas simplesmente uma autoridade judiciária. Um corpo de funcionários com regime jurídico peculiar. Não obstante o esforço daqueles que procuram decalcar da jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* o fundamento para a justificativa da magistratura enquanto Poder, a verdade é que a Constituição francesa não concedeu à magistratura a significação que a Carta Brasileira a ela atribuiu. Ademais, a autoridade judiciária, naquele país, sofre importante amputação, em virtude da existência do contencioso administrativo (Tribunais Administrativos e Conselho de Estado). Contencioso administrativo, aliás, que é encontrável, também, em outros países integrantes do território ocupado pelas democracias ocidentais: Bélgica e Itália, por exemplo. Ou mesmo os EUA com as comissões exercentes dos poderes (quase-legislativos e) quase-judiciais.

## 2. O Problema da Autonomia

Talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira.

Em primeiro lugar o Judiciário constitui um Poder. Um Poder do Estado que se localiza ao lado do Executivo e do Legislativo (art. 2º da CF). E, mais do que isso, um poder com efetiva autonomia. Aliás uma autonomia concedida no interesse dos jurisdicionados e, não propriamente no interesse dos órgãos integrantes da estrutura judiciária. Trata-se a autonomia de importante mecanismo possibilitador da independência do Judiciário, bem assim como de seus membros. Os Poderes da República são independentes (e harmônicos) diz o Constituinte (art. 2º, da CF).

Aliás a independência do Judiciário é assegurada seja em virtude da (I) autonomia institucional, seja, ainda, em virtude da (II) autonomia funcional concedida à magistratura.

A autonomia institucional desdobra-se em alguns princípios constitucionais norteadores da organização dos tribunais judiciais. Com efeito, no sistema jurídico brasileiro, vigoram os princípios organizativos do (a) auto-governo, (b) da auto-administração, (c) da inicialidade legislativa

#### **e (d) da auto-administração financeira.**

Em face desses princípios compete aos próprios tribunais eleger seus dirigentes (art. 96, I, a). Basta uma olhadela no direito comparado e veremos que nem todos os sistemas constitucionais caminham nesse diapasão. Apenas um exemplo será capaz de ilustrar a afirmação. Nos EUA, compete ao próprio Presidente da República nomear (com aprovação do Senado) o nome do *Chief of Justice*, ou seja o nome do Presidente da Suprema Corte Americana que, aliás, exercerá essa função de modo vitalício. No Brasil vigora o princípio da periodicidade dos mandatos, inclusive, na esfera governativa interna do Judiciário.

Em face do princípio da auto-administração compete aos próprios tribunais elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (art. 96, I, b) da CF), conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, f), da CF). O poder de auto-administração dos tribunais foi ampliado, afinal, na medida em que, hoje, esses órgãos podem também prover os cargos necessários à administração da justiça (serviços auxiliares) bem como aqueles dos juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, c), da CF). Temos aqui, no último caso, verdadeira novidade incorporada pela Constituição Federal de 1988. Em que país do mundo afinal, conta o Judiciário com um poder de auto-administração tão pronunciado? Em que país do mundo dispõe o Judiciário de competência para prover os cargos da carreira da magistratura?

Do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, não pode o Congresso Nacional dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira. Ao depois, cabe unicamente aos tribunais a iniciativa de leis que disponham sobre (1) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; (2) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhe forem vinculados; (3) a criação ou extinção dos tribunais inferiores bem como (4) a alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, II, da CF). O princípio da inicialidade legislativa impede a alteração de tais matérias sem a prévia provocação de Judiciário. Onde, em que país do mundo, o Judiciário detém poder de iniciativa legislativa? De se lembrar que nos EUA nem o Presidente detém tal poder.

O princípio da auto-administração financeira é suficiente para autorizar os tribunais a gerirem suas dotações orçamentárias (necessariamente entregues

pelo Executivo, em duodécimos, a cada dia 20 art. 168 da CF) bem como a elaborar suas propostas orçamentárias que, ao depois, serão submetidas ao Poder Legislativo por ocasião da votação da lei orçamentária anual (art. 99 da CF). A Constituição de 1988 inovou quando possibilitou ao próprio Judiciário elaborar a proposta orçamentária. É verdade que essa inovação produzirá alguns problemas. O Constituinte não foi muito claro quando definiu a questão. Não se sabe exatamente se deve o Judiciário encaminhar a sua proposta diretamente ao Poder Legislativo (a proposta constituiria uma providência assimilável à iniciativa legislativa) ou se, afinal, deve aquele Poder encaminhar referida proposta ao Executivo, detentor da iniciativa privativa da lei orçamentária (art. 165 da CF). A verdade é que, com o primeiro ou com o segundo encaminhamento deve, necessariamente ser considerada a proposta do Judiciário que incluída no projeto de lei orçamentária (pelo Executivo ou já no âmbito do Legislativo), sujeitar-se-á à aprovação dos parlamentares.

A **autonomia funcional** do Judiciário decorre do regime jurídico atribuído, pela Constituição, aos magistrados. Os membros do Poder Judiciário gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, nos termos fixados pelo Pacto Fundador (art. 95, I, II e III, da CF). Mas a autonomia funcional é, igualmente, assegurada pelas vedações que alcançam os juizes (art. 95, parágrafo único, da CF: o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processos e, finalmente, o exercício de atividade político-partidária).

A autonomia, nas suas múltiplas dimensões, é condição da independência do Judiciário e da imparcialidade de seus membros. O sentido da imparcialidade exigida da magistratura será esclarecida mais tarde.

### 3. O Problema do Controle

Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle da função jurisdicional. Dois são basicamente os tipos de controle reclamados. O primeiro (I) é o **controle da atividade jurisdicional propriamente dita**. O segundo (II) é o **controle da legitimidade dessa atuação**.

O primeiro tipo de controle é encontrável sem maiores dificuldades no sistema constitucional brasileiro. Em alguns casos pode ser deduzido de princípios e preceitos constitucionais. O sistema de distribuição de competências jurisdicionais no direito brasileiro sugere a existência de um **princípio do duplo grau de jurisdição**. O jurisdicionado, inconformado com uma decisão judicial prolatada por juiz de primeiro grau, em geral, pode, satisfeitos os

requisitos constitucionais ou legais, interpor recurso para reclamar sua reapreciação. A existência de óbices de alçada, estabelecidos por meio de lei, não é suficiente para infirmar a existência do referido princípio. Até porque, mesmo nesta hipótese, cabe ao jurisdicionado sucumbente interpor recurso que será, todavia, apreciado pelo próprio juiz prolator de decisão impugnada, salvo quando envolver matéria constitucional.

O controle da atividade judicial é possibilitado, também, pela exigência de publicidade. Com efeito, dispõe a Constituição (art. 93, IX) que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, podendo a lei, todavia, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. Quando se vê o modo como funcionam as Cortes Constitucionais européias, com decisões tomadas a portas fechadas e se as compara com a prática brasileira, então vemos as vantagens da nossa experiência constitucional que, neste particular, atende plenamente o sonho republicano da transparência das atividades do Estado.

Por outro lado a fundamentação das decisões judiciais, igualmente exigida pela Constituição, é outro meio possibilitador de amplo controle sobre a atividade do Juiz. Deve o Juiz expressar objetivamente as razões pelas quais decidiu deste ou daquele modo. Em que pesem as últimas descobertas da ciência, especialmente da psicanálise, da semiologia e da ciência política (teoria das ideologias) que procuram demonstrar a presença de componentes irracionais e ideológicas ocultos nas decisões, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a fundamentação (motivação) constituiu esforço para racionalizar a atividade do Juiz, tornando-a controlável, pela sociedade e, igualmente, pelas instâncias judiciais superiores ou, mesmo, pela doutrina.

Aliás, diga-se que no âmbito do Judiciário todos os atos exigem fundamentação, constituam eles atos jurisdicionais típicos (art. 93, IX, da CF), ou simples atos administrativos (art. 93, X, da CF). Por isso que a atuação do Judiciário, seja ela jurisdicional (exercício de função típica) ou administrativa (exercício de função atípica), implica sempre a mais ampla possibilidade de controle. A motivação necessária dos atos administrativos dos demais poderes, lamentavelmente, não foi exigida pela Constituição.

Como se vê, o sistema constitucional oferece mecanismos suficientes para o controle da atividade do Judiciário. Cabe discutir, agora, o problema do controle da legitimidade de sua ação.

Dos três poderes da República, o Judiciário é o único que é composto por agentes cuja investidura independe da vontade popular. O Pacto Fundamental (I) pretende instaurar um Estado Democrático de Direito, cujo primeiro fundamento é a (II) soberania (inclusive a popular) e, ademais, onde (III) o poder sempre emana do povo, que o exerce por meio de representantes

eleitos ou diretamente. A legitimidade, então do Legislativo e do Executivo reconduz-se, pelo menos num primeiro momento, ao problema da soberania popular. Tal não ocorre com o Judiciário. Não se quer advogar que a investidura dos membros do Judiciário dependa, também, de eleições. A experiência de alguns Estados norte-americanos é suficiente para demonstrar que o Juiz eleito não será um Juiz necessariamente independente. Aliás, em nome da independência do Judiciário a Constituição impede que os seus membros exerçam atividade político-partidária. O sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e alguns dos Tribunais de Segunda Instância (o famoso quinto constitucional; art. 94 da CF), constitui modelo que desmerece crítica. Está perfeitamente ajustado à realidade brasileira.

O eleitorado participa, de modo indireto, da escolha dos membros dos Tribunais Superiores (especialmente do STF e do STJ), na medida em que estes são nomeados pelo Presidente da República (arts. 101 e 104 da CF). Ora, tanto o Presidente quanto os Senadores foram investidos por força da vontade popular. O eleitorado pode participar outra vez nesse domínio (escolha de membros do Judiciário) quando escolhe, pelo voto direto, universal e secreto, os juizes de paz para um mandato de quatro anos (art. 98, II, da CF). Como se sabe, dispõem os juizes de paz de competência para celebrar casamentos e, na forma da lei, “verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Outra forma de legitimação da atuação jurisdicional ocorre com a participação direta dos cidadãos no exercício da função judicial. Ela, com efeito, pode ocorrer nos juzgados especiais que, nos termos da Constituição, podem ser compostos por juizes togados e leigos (art. 98, I, da CF); mas, necessariamente ocorre nos juzgados de paz (compostos por cidadãos leigos eleitos: art. 98, II, da CF); nos Tribunais do Júri (compostos por cidadãos: art. 5º, XXXVIII, da CF), competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e nas juntas eleitorais (compostas por cidadãos; art. 118, IV, da CF).

Uma certa forma de participação poderia igualmente ser encontrada na Justiça do Trabalho, cuja composição em nosso país é necessariamente paritária (arts. 111 a 117 da CF). Por isso que seus órgãos, inclusive os de primeira instância (as juntas de conciliação e julgamento), são compostos por juizes togados (na Junta: o Juiz Presidente) e por juizes classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores. Ocorre que a participação, aqui, não é do eleitorado (corpo de cidadãos = soberania popular), mas sim das corporações. Trata-se, portanto, de mera participação corporativa,

además, deturpada pelo jogo de interesses menores certamente exasperado em face da remuneração concedida aos juizes classistas que, diante de previsão legal, podem inclusive obter aposentação no cargo. Diga-se nesta altura que, por ocasião da revisão constitucional que ocorrerá a partir de 1993, o instituto do vocalato na Justiça do Trabalho deve passar por profunda rediscussão. Boa parte da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho se destina, hoje, ao pagamento da remuneração, de aposentadoria, ou pensão de juizes classistas. Sem esta despesa a prestação jurisdicional nesse campo poderia ser ampliada, especialmente pela instalação de órgãos de primeira instância dessa importante justiça especializada nas cidades de certo porte que, ainda hoje, não a possuem.

A legitimidade da atuação jurisdicional não repousa necessariamente sobre o problema da forma de investidura dos membros da magistratura. É verdade que a participação popular no universo jurisdicional constitui interessante mecanismo de aproximação entre a justiça e a sociedade. É verdade, também, que no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países, a sociedade deveria discutir intensamente os nomes indicados pelo Presidente da República para integrarem os Tribunais Superiores. O próprio Senado deveria levar mais a sério a arguição que realiza antes de sua manifestação sobre a escolha presidencial.

A legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores da sua decisão. A decisão judicial deve, además, ser justa. O padrão de justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.

Os valores consagrados na Constituição, inclusive os Princípios Fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

Discute-se sobre a possibilidade da instituição, no Brasil, de um mecanismo de controle externo da atividade jurisdicional. Esse mecanismo, composto por pessoas representantes dos demais Poderes da República e, também, da sociedade, se encarregaria de velar pela regularidade da atuação dos membros do Judiciário. É claro que não pode constituir instância recursal. É evidente, además, que não poderá discutir o mérito das decisões judiciais. Ou estabelecer diretivas orientadoras do agir do Juiz. O Conselho apenas teria

por finalidade estabelecer uma ponte de ligação entre a sociedade e o Poder Judiciário, sem ferir, pois, a autonomia e a independência da magistratura. Traria ao Judiciário as preocupações da sociedade; cuidaria da regularidade dos concursos públicos para ingresso na carreira. Fiscalizaria, ademais, a correção da atuação judicial, exercendo competência para, inclusive, aplicar punições aos membros da magistratura incidentes em faltas funcionais.

É verdade que o Judiciário já dispõe de mecanismos internos (as corregedorias) de fiscalização da atuação funcional do Juiz. Se esses mecanismos, quanto aos juizes de primeiro grau, têm funcionado, a verdade é que são quase inoperantes quanto à fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Isso precisa mudar.

O Judiciário, hoje, no Brasil desenvolve intensa campanha para evitar, na revisão judicial, a criação de órgão externo de controle de sua atividade. Penso que a idéia não deveria ser combatida. Poderia, ser discutido, sim, o modo como tal conselho externo será composto, bem assim a sua competência. Não há razão para o Judiciário temer algo que, em si, não tem a finalidade de amesquinhar sua independência ou sua autonomia, mas, sim, contribuir para a legitimação de sua atuação.

Agora, se o Judiciário é, mesmo, contra a idéia da criação do referido órgão de controle externo, então que, pelo menos, sugira ao Constituinte a criação de órgãos internos, desde que eficazes e sérios, exercentes de idênticas atribuições.

#### 4. O Problema da Justiça

A Função do Judiciário, em princípio é a de dirimir conflitos de interesses. Mas, a função do Judiciário, também, é a de distribuir justiça. O povo tem fome de justiça. Mas qual justiça é distribuída pelo Judiciário?

O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo, corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana. No sistema constitucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos *standards* definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitamente negada pelo Juiz.

O juiz deve, no atual momento histórico, ter um compromisso com a

justiça normativamente inscrita na Constituição Federal. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que aqui, ao contrário de outros países, todos os juízes exercem jurisdição constitucional (todos os órgãos do Judiciário são órgãos da Justiça Constitucional).

A realização da justiça pelo Juiz implica, todavia, a discussão de, pelo menos, três intrigantes questões. Primeiro, o problema da neutralidade e da imparcialidade do juiz. Segundo, o problema da concepção de direito subjacente às decisões e, terceiro, a questão da dimensão ideológica do direito e, então, também, da decisão judicial.

Há um certo mito quanto à imparcialidade e neutralidade do juiz. O Juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal. Enquanto ser humano ele não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive. Além do mais, hoje já está demonstrado que o Juiz não constitui mero aplicador da lei despido de vontade; um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto aplicando não a sua vontade (decisão), mas sim aquela antes pronunciada pelo Legislador. Muito mais do que isso, o Juiz participa, ainda que procure negá-lo, ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica. Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo.

Por outro lado não basta, hoje, desconstruir o discurso tradicional. É muito pouco desmontar a mitologia que aos poucos foi sendo formada no universo da dogmática jurídica. É necessário ir adiante. O juiz não é neutro. Mas deve fazer um esforço para alcançar a neutralidade quando decide uma questão. Deve procurar controlar os mecanismos psíquicos que comandam o seu processo decisório. Deve procurar afastar a carga irracional que contamina o seu alcance intelectual. Deve procurar mergulhar na complexidade da questão submetida à sua apreciação. Esse processo é difícil, todos sabem. Nem sempre é possível, ninguém desconhece. Mas deve ser experimentado, deve ser praticado, deve ser concretizado, deve ser tentado, insistentemente, pelo juiz. O universo da decisão judicial deve ser o universo da racionalidade. O esforço do juiz é o esforço de despir-se dos processos mentais irracionais para alcançar a razão (como reclamavam os iluministas). A dialética processual e a discussão judicial concretizam uma caminhada que corresponde àquela mesma experimentada pela ciência. A verdade última é a verdade decorrente do embate das idéias, onde apenas a força do argumento (ajustado aos paradigmas postos pela ciência ou pelo direito) deve prevalecer.

A neutralidade do juiz exige, pois, não a criação de um ser despido de vontade, mas apenas que o órgão judicial se encontre pronto para decidir qualquer demanda rendendo-se unicamente à força dos argumentos produzidos em juízo em face do contraditório. Exige, ademais, que o juiz não possua qualquer interesse pessoal na demanda, por isso que o processo decisório,

tanto quanto possível, será um processo controlado e controlável, submetido apenas às coordenadas impostas pela razão. Não significa que o juiz não possa, em face das coisas do mundo, ter as suas preferências. É claro que o juiz pensa sobre as questões do mundo, daí porque, certamente, opta por certos caminhos, adota determinadas idéias, possuindo uma concepção particular sobre os problemas (políticos, econômicos, jurídicos) debatidos no universo societário. O juiz, ninguém pode esquecer, é antes de tudo um homem e um cidadão. E assim deve ser.

O juiz tem um compromisso com a imparcialidade. A Constituição como vimos, confere ao juiz certos predicamentos exatamente para permitir que atue com independência e com imparcialidade. A imparcialidade constitui idéia complementar da neutralidade. O juiz não pode preferir qualquer das partes que integram a relação processual. Deve presidir o processo zelando pela igualdade das partes. Isto, todavia, não impede que o juiz possua, em relação à questão de direito debatida nos autos certa convicção.

Há que ser dito algo a respeito da ideologia. Os juristas procuram negar a ideologia. O mesmo ocorre com os juizes. Estes, muitas vezes, escondem as suas preferências fazendo uso de certo discurso mentiroso e mistificador da neutralidade. Na verdade, aplicam o direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua professada ideologia, todavia argumentando que o fazem com apoio unicamente na norma e na lei. Tudo se passa como se prolatassem uma não-decisão. Uma sentença que não faz mais do que concretizar a vontade (decisão) abstrata da norma. Possuem, esses discursos (sentenças), verdadeiros silêncios discursivos com uma carga de significação muito mais intensa do que aquela do texto. Em casos assim há que se ler não o que o discurso diz, mas sim, efetivamente, aquilo que ele deixa de dizer. O controle da decisão judicial deve nesses casos, pois, incidir sobre o silêncio e não apenas sobre o texto da decisão. Porque se assim não agir, a carga de significação do silêncio intencional e determinante da decisão acabará por fazer coisa julgada.

Os operadores jurídicos e, em especial, os juizes devem assumir a dimensão ideológica do direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá alcançar a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito. A negação da ideologia muitas vezes não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do direito de impugnação pelo jurisdicionado (duplo grau de jurisdição).

Pior todavia do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, aquele incapaz de

enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, aquele que desconhece os movimentos da história e os interesses concretos das classes sociais, este é cativo das ideologias hegemônicas, é escravo do poder e dos interesses dominantes. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, acobertando certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que aplicar a lei. Mas de que modo foi aplicada a lei? A compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito.

A aceitação da dimensão ideológica do direito e a demonstração do ponto de partida ideológico tomado para a decisão constituem necessários aportes para a construção de uma ordem jurídica atualizada.

A concepção de direito subjacente às decisões integra outra dimensão necessária para a realização de justiça. Que direito, afinal, deve ser aplicado pelo juiz?

Vivemos um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Os conflitos individuais vão, na sociedade técnica e de massas, cedendo espaço para conflitos coletivos. Por outro lado, o tempo se acelera; conflitos novos nascem sem uma pronta solução normativa. As leis vão assumindo um caráter de provisoriedade. O papel do juiz cresce cada vez mais em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos às renovadas conjunturas, às situações emergentes, aos conflitos outrora inexistentes e, hoje, recorrentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?

No Brasil de agora, não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à idéia de direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante.

O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito. E neste ponto, afirme-se, as escolas de direito estão falhando. Não se preocupam em atualizar os seus programas curriculares; não se preocupam em discutir as novas dimensões do direito; não se preocupam em analisar o papel dos operadores jurídicos, inclusive do juiz, na sociedade contemporânea; não se preocupam com a crítica da dogmática jurídica nem com a desconstrução de uma mitologia jurídica que, muitas vezes, além de ultrapassada e inadequada, é surrealista e reacionária. Quanto aos juizes, é necessário dizer que eles próprios devem, nas escolas da magistratura, discutir esses temas. Aliás, é indispensável que o façam.

Se o juiz não consegue, com o apoio de disciplinas como a filosofia, a

sociologia e a história jurídicas, desenvolver uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, então teremos um homem escravo de concepções jurídicas que podem ser contraditórias. Sim, porque o universo de produção da lei é um universo, muitas vezes, irracional, fortemente marcado pelas concepções políticas cambiantes, por isso que, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é possível encontrar normas de conteúdo marcadamente corporativo (a CLT), ao lado de outras absolutamente individualistas (o Código Civil) que se encontram ao lado de outras de conteúdo plenamente ajustado às exigências do Estado Democrático de Direito (Código de Defesa do Consumidor). Um juiz perdido no cipoal normativo do direito, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O juiz deve entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, todo o sistema jurídico. Assim a normativa, de não importa qual época, deve ser compreendida à luz das coordenadas hermenêuticas atualizadas pela história e corporificadas na norma constitucional.

A análise séria, interdisciplinar e consciente, da concepção de direito subjacente às decisões judiciais é fundamental para a realização de uma justiça atualizada. A discussão do direito aplicável (os dados normativos) bem como do direito aplicado (as decisões judiciais) deve ser urgentemente retomada pelas escolas de direito, pelos operadores jurídicos e também pela sociedade.

## **5. A Questão do Acesso à Justiça**

Afirme-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.

O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional.

O problema do acesso à justiça tem sido muito discutido. Ninguém desconhece a existência de sérios obstáculos impeditivos do referido acesso. Ninguém desconhece, também, que muitas medidas tem sido sugeridas para a ultrapassagem desses obstáculos. De certo modo a Constituição se preocupou com essa questão. Trata-se, agora, de tornar efetivas as normas constitucionais que dispõem a respeito.

A sociedade técnica e de massas altera o perfil dos conflitos de

interesses. Os conflitos individuais cedem, cada vez mais, espaço para os conflitos coletivos. A Constituição atenta a esse problema, instituiu, entre os direitos fundamentais, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX). Admitiu, ainda, que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Determinou, também, que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III). Ampliou, depois, a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que, agora se presta para proteger além do patrimônio público, do social e o meio ambiente, igualmente outros interesses difusos e coletivos. Previa, ademais, a defesa do consumidor e, por isso que o Congresso Nacional aprovou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Por outro lado, textos legislativos esparsos igualmente dispõem sobre mecanismos processuais que ultrapassam os limites da concepção liberal: Lei 7.347, de 24.07.85 (alterada pela Lei 8.078 de 11.09.90) disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Lei nº 7.853, de 24.10.89, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas (ação civil pública para proteção de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência). Lei 7.913, de 07.12.89, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Lei nº 8.069, de 13.07.90, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; os arts. 208 e 224 dispõem sobre a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

Como se vê, o direito brasileiro admite a provocação do Judiciário por meio de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses coletivos (não vamos aqui falar dos interesses difusos). Esses mecanismos são de extrema importância porque a um, permitem amplo acesso aos cidadãos ao Judiciário, e a dois, permitem decisões judiciais únicas incidentes sobre todo um universo coletivo, o que implica em celeridade e economia processuais. Importa, entretanto, que o Judiciário não crie embaraços à utilização desses institutos, o que muitas vezes ocorre em face da formação acentuadamente liberal-individualista dos Juizes.

Para além da instituição (e plena aplicação) dos instrumentos coletivos, é necessário a informalização dos procedimentos judiciais. Ora, a Constituição prevê (art. 98, I) a criação de juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Prevê, mais (art. 98, II) a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos por voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. Se esses dois mecanismos forem implementados, então mais um importante passo será dado para o fim de, tornando efetivas normas constitucionais, garantir a democratização do acesso à decisão judicial.

É necessário, também, a ampliação dos juízos e varas, levando o juiz até o povo (o juiz, como o artista da canção de Milton Nascimento, deve ir aonde o povo está). Esta providência implica a racionalização do aparelho judicial, para o fim de criar novos juízos e varas onde efetivamente haja precisão, com a conseqüente extinção das varas que não justifiquem um número mínimo de feitos em andamento. É fundamental, ademais, tornar efetiva a norma do art. 126 da Constituição Federal, segundo a qual “para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias”. Juízes que, nos termos da Constituição (art. 126, parágrafo único), sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, far-se-ão presentes no local do litígio. É indispensável, por outro lado, reduzir o custo da prestação jurisdicional, daí porque a oficialização dos cartórios do foro judicial (justiça comum estadual) constitui providência urgente. Aliás providência outra vez determinada pela própria Constituição (art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Muitas vezes, querendo provocar a tutela jurisdicional, o cidadão fica impedido por não possuir recursos para a contratação de advogados. Outras vezes, sem assessoria jurídica indispensável, acaba por incidir em erros que poderiam, muito bem, ser contornados. Ora, não há justiça sem a instituição, pelo Estado, de assistência judiciária gratuita. Assim como o Estado oferece serviços públicos na área de saúde, deve, igualmente fazê-lo na área da justiça. A Constituição Federal (art. 5º, LXXV) dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A assistência judiciária hoje prevista na legislação ordinária, especialmente na Lei nº 1.060, de 05.02.1950, não é suficiente para satisfazer o comando constitucional. Por isso que o Estado (União, Estados-membros e Municípios) devem, urgentemente, colocar à disposição dos cidadãos necessitados, por meio de órgãos próprios ou de outro meio, serviços públicos prestadores de assistência jurídica integral. No âmbito da União, Distrito Federal e dos Estados, a Constituição Federal instituiu as Defensorias

Públicas (art. 134 da CF) às quais incumbiu a orientação jurídica e a defesa em sede judicial, em todos os graus, dos necessitados. É imperioso que a União (inclusive para o Distrito Federal) e os Estados-membros, de uma vez, instituem ou organizem as suas Defensorias Públicas. Quanto aos Municípios podem e devem, também prestar esse tipo de serviço público. Não é indispensável que instituem órgãos próprios (Defensorias) bastando que, por meio de convênios com particulares, com escolas de Direito, ou por outra fórmula, assumam uma responsabilidade que também é deles. Não se pode esquecer que a Constituição Federal estabelece no art. 23, II, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - “cuidar da saúde e **assistência pública, ...**” e X - “**combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos**”. Esses dois incisos, nas partes referidas com grafia em negrito, são suficientes para justificar a responsabilidade do Município quanto a essa matéria. Afinal, a assistência jurídica integral constitui uma modalidade de “assistência pública” (a Constituição aqui não se refere à assistência social, mas, sim, à assistência pública, que é mais ampla), constituindo, ademais, importante mecanismo de promoção da integração social dos setores desfavorecidos.

A assistência jurídica integral aos necessitados deve com urgência ser prestada pelo Estado. Cabe, afinal, à assistência jurídica fazer a ponte entre a sociedade, especialmente aquela imensa parcela composta pelos desfavorecidos, e o Poder Judiciário. Sem a prestação desse serviço público, pelo Poder Público. O Estado Democrático de Direito jamais poderá ser concebido como Estado de Justiça. E o princípio da inafastabilidade da prestação judicial apenas terá eficácia na sua dimensão formal, mas jamais, na indiscutivelmente importante dimensão material (vedação da instituição, pela lei, de mecanismos obstaculizadores da tutela judicial: - dimensão formal. Instituição de mecanismos promotores do acesso à prestação jurisdicional: - dimensão material do princípio).

O acesso à Justiça pressupõe, finalmente, a informação. Num país assolado pela miséria, onde milhões de cidadãos nem mesmo conseguem alcançar a alfabetização, é indispensável a informação. Um cidadão desinformado é presa fácil do arbítrio e da injustiça. Sem saber os direitos que possui, sem saber a quem recorrer no caso de agressão, sofre todos os infortúnios da vida imaginando que essa, afinal, é a carga do destino.

Há a necessidade da realização de programas nacionais de informação. O pleno exercício da cidadania depende da implementação dessas iniciativas. Preocupada com essa questão, a Associação dos Magistrados Brasileiros está elaborando uma cartilha com o objetivo de aproximar o Judiciário da sociedade. O Judiciário, esse poder desconhecido pelo povo, com medidas

como estas, passa a ser incorporado ao cotidiano dos cidadãos informados. Espera-se que essas medidas continuem no futuro, sem sofrer interrupção. A OAB também deveria se sentir responsável pela realização de amplas campanhas de informação popular.

## **6. Considerações Finais**

A Constituição Federal procurou instituir um Judiciário forte, independente e autônomo. Concedeu aos magistrados um estatuto que, efetivamente, os protege contra o arbítrio e a prepotência. Preocupou-se com o problema do acesso à justiça. Preocupou-se com o problema da investidura dos juízes e da racionalidade das decisões judiciais.

Talvez, quanto ao Judiciário, mudança na Constituição que pudesse ser reclamada diria respeito com o controle externo da atividade judicial.

Cabe, agora, reclamar a plena efetividade da Constituição, porque, sem a plena realização da Constituição não alcançaremos jamais a plena realização da justiça. Mas esta questão já não depende apenas do direito. Depende, sim, do homem. Do homem juiz e do homem jurisdicionado!