JUSTIÇA & CIDADANIA

Nº 82 MAIO DE 2007

Desembargadora
MARLI FERREIRA
A TOGA E A ÉTICA

Editorial: TRIBUTOS E JOGOS DE AZAR

A INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO **INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

Humberto Martins

Ministro do STJ

"É IMPORTANTE TER EM MENTE QUE NÃO SE PODE TRANSFORMAR O JUDICIÁRIO EM UM MERO 'CLUBE JACOBINO`, ALHEIO AOS INTERESSES DAS MAIS VASTAS GAMAS SOCIAIS E CIENTE APENAS DOS INTERESSES DOS ABASTADOS GRUPOS ECONÔMICOS OU POLÍTICOS."

Estabelecia Ihering que "a vida do Direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos. Todo o Direito do mundo foi assim conquistado, todo ordenamento jurídico que se lhe contrapôs teve de ser eliminado e todo Direito, assim como o direito de um povo ou o de um indivíduo, teve de ser conquistado com luta".

Em meio a essa "luta" descrita por Ihering em sua célebre obra, está o Poder Judiciário.

Tal fato chama-me a atenção, como magistrado, para minha atribuição no duro ofício de julgar. É argumento irrefutável que toda e qualquer decisão gera uma conseqüência enorme na vida da pessoa, ou mesmo de um grupo social, ou ainda do próprio Estado.

Daí a importância de se refletir sobre este tema. Primeiro, porque o Judiciário, como um dos poderes estatais, deve primar pela coesão social; segundo, porque, neste papel, é o instrumento da transformação social; terceiro, porque, como se verá, também a própria sociedade é capaz de influenciar nas decisões judiciais.

Em uma primeira análise, basta verificar que o Poder Judiciário, ao interpretar uma norma constitucional, declarando ou não a constitucionalidade das leis, alça vôo no campo das preferências políticas tomadas pelos representantes eleitos.

Daí se falar na chamada judicialização do político, que é uma via de mão dupla, por também trazer à tona a questão da politização do Judiciário. Discute-se, assim, um novo – e necessário – papel do Judiciário, não apenas sob a ótica das transformações inter-sociais que o afeta, como também das mudanças institucionais que geraram novos padrões de relação entre as instituições sociais e governamentais, a aumentar a influência política do Poder Judiciário nas sociedades modernas.

Esse fator, que, a bem da verdade, teve início com o judicial *review*, de origem inglesa, e aplicado nos Estados Unidos da América como prerrogativa do Poder Judiciário para controle de constitucionalidade de leis, nasceu a partir de uma interpretação da Constituição de 1787 (Marbury versus Madison, 1803).[1]

É bom lembrar, ainda, que o Judiciário hodiernamente não traz em si apenas o papel de revisão dos atos legislativos criadores da norma, uma vez que existe crescente – e preocupante – discurso acerca da possibilidade de o magistrado criar a norma no caso concreto, rejeitando a ordem posta quando esta não está legitimada.

Para a análise dessa importante questão, auxilio-me do mestre Lyra Filho que, em "Para um Direito sem Dogmas", lembra o caso estudado pelo criminalista chileno Eduardo Novoa Monreal. Ali está registrado que o criminalista empenhou-se nas reformas legislativas do governo Allende e terminou escrevendo, no exílio, livro intitulado "O Direito como Obstáculo à Mudança Social". Referido criminalista – de renome internacional –, que antes firmava uma visão positivista do direito, o qual o limita a veículo de controle social, acabou por alargar bastante seu questionamento, trazendo dúvida sobre sua própria visão.

Confira-se: "nós juristas, estamos acostumados a contemplar o direito como algo, pelo menos, relativamente perfeito e acabado. Os temas que expusemos oferecem, contudo, vasta margem para reflexões (...) Não admitimos, muitas vezes, as reprovações penais que só exprimem os interesses de grupos egoístas? (...) Muitos dos que têm, de fato, o poder de impor normas aos demais não praticam ações muito mais prejudiciais do que as legalmente tipificadas, mas que não foram incluídas na lei penal, apenas porque a ele não convém?"[2]

Transcrevo este excerto apenas para demonstrar que, em meio a tudo isso, está a atuação do Poder Judiciário, que recebe vazões de toda a sociedade para decidir sobre questões que podem impulsionar, diante da interpretação da lei, fatores de transformações sociais.

Diante disso, é importante ter em mente que não se pode transformar o Judiciário em um mero "clube jacobino", alheio aos interesses das mais vastas gamas sociais e ciente apenas dos interesses dos abastados grupos econômicos ou políticos.

Do contrário, estaríamos, a todo o momento, legitimando as mesmas respostas "rococós" a perguntas e anseios modernos, que sempre batem às portas do Judiciário pelas mãos dos combativos advogados. Daí, como exemplo, pode-se tirar as pretensões de casais homossexuais para o direito de adoção, ou ainda, reconhecimento de entidade familiar diante da união homoafetiva.

Também, neste desiderato, está a discussão da aplicação de um garantismo penal capaz de afastar toda e qualquer pena que seja minimamente desumana, tendente, assim, a eliminar todo o sistema carcerário brasileiro, ou também a própria aplicação direta da Constituição Federal nas relações privadas (eficácia direta da Constituição nas relações privadas).

Não trazer esta preocupação para o debate seria firmar compromisso apenas com a retórica ou com o estruturalismo reinante. Retórica essa, aliás, duramente criticada pelo próprio Lyra Filho, que não aceitava o simples logicismo analítico, no qual qualquer coisa serviria para o jurista legitimar seu discurso, desde que fosse dada ênfase na obediência civil e no estruturalismo."[3]

"FAZ-SE IMPERIOSO LEMBRAR QUE O JUDICIÁRIO, VERDADEIRAMENTE, É INSTRUMENTO DA SOCIEDADE, QUE SEMPRE EM NÓS CONFIOU A RESOLUÇÃO DE SEUS CONFLITOS DE INTERESSES."

Como se vê, é mais do que necessário estar o magistrado atento às percepções das lutas sociais. Aliás, quanto a estas, é preciso tê-las como reais – como a concretude da libertação humana. Do contrário, estaríamos fadados ao discurso das percepções puramente abstratas, gnosiológicas, epistemológicas e ontológicas, discutindo apenas problemas "metajurídicos" sem perceber que, a nosso lado, pessoas morrem de fome; e a multidão, tal qual recebeu Mersault[4] para o cumprimento da sua pena de morte, nos recebe "com gritos de ódio"!

Também na cortante crítica de J. J. Calmon de Passos, em seu "Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos Julgam"[5], tem-se que "quem não é cidadão em face de quem o julga carece de cidadania em termos absolutos. Infelizmente, nós, brasileiros, assim nos sentimos diante de nossos magistrados, vítimas também eles, de um sistema que primou por dizer-se democrático e institucionalizar-se de modo excludente e autoritário."

As vazões sociais rendem sempre a última esperança no Judiciário, que deve atuar de forma firme e convincente em prol da formação de uma sociedade cada vez mais livre e igualitária, sem nunca perder de vista que, possivelmente, descortina-se um novo papel do magistrado, em face da instância especializada em interpretar normas e dizer sobre sua legalidade e aplicação, diante das controvérsias a que é chamado a resolver.

Nesta toada, avizinha-se ainda imperioso o papel do consenso como fonte criadora da paz e da coesão social. Daí o importante trabalho daqueles Titãs magistrais que, apesar de toda a deficiência de recursos por que passam os órgãos brasileiros, rendem homenagens à própria cidadania na mais lídima tentativa de conciliação. Também nos Tribunais Superiores, onde alguns magistrados, a todo momento, mesmo diante do imenso e infindável trabalho existente, arrancam tempo para meditar sobre novas técnicas de pacificação social, aplicando-as, quando antevêem possibilidade exitosa, rendendo as homenagens de todos os confins da sociedade.

Mas não é só. Faz-se imperioso lembrar que o Judiciário, verdadeiramente, é instrumento da sociedade, que sempre em nós confiou a resolução de seus conflitos de interesses. Nossa batalha, por assim dizer, é a batalha da própria sociedade, que tem a faculdade de forçar, legitimamente, as transformações que almejam, vindicando provimentos judiciais. Lembra-se disso, como em alguns momentos, o próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, tão bem estudado por CANOTILHO em seus célebres trabalhos sobre o Direito Constitucional.

Mister alinhavar, ainda, as palavras do festejado Mestre J. J. Calmon de Passos, na obra citada: "Impossível democracia sem a existência de uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável. Esquecermo-nos disto e não profiarmos por que este objetivo seja alcançado será pormos em risco nosso futuro como Nação em que vivam homens livres, cidadãos. A ameaça à cidadania vem do poder não submetido a efetivos controles sociais, e isso não diz respeito apenas ao Executivo, à Administração Pública, mas a todas as funções do Estado e aos que as desempenham, incluídos, portanto, o legislador e julgador."[6]

Por fim, é necessário depositarmos fé no Poder Judiciário, como também mais do que necessário depositar todas as esperanças em nossa sociedade. Somente assim, com as mãos entrelaçadas, conseguiremos ser fonte criadora da pacificação social tão almejada em "Utopia", ou seja, em nosso grandioso Brasil.

Notas:

[1] CUNHA MELO, Manuel Palacios. (2002), *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política. Notas sobre um Itinerário Difícil*, in L. Werneck Vianna (org.), A Democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte/Rio de Janeiro, Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ

[2] LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas.*Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1980. p. 34.

[3] ob. cit.p. 27.

[4] Personagem de ALBERT CAMUS em L'étranger.

[5] Forense, 1999. p. 117.

[6] Idem. Ibidem.