

Revista

JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ROBERTO BUSATO

A POSIÇÃO DA OAB DIANTE DA CRISE POLÍTICA

Editorial: "Eu assumo"

A HORA DO JUDICIÁRIO

Dalmo de Abreu Dallari

Jurista



Chegada de um novo direito

Quando terminou o ciclo das revoluções burguesas, no final do século dezoito, tinha-se como estabelecido o governo de leis, que substituiria o governo de homens e assim sepultaria o absolutismo. Como bem observa Yves Lemoine em *Le complot des juges*, um pormenor bem expressivo é o fato de que a partir de então os estudantes de direito passaram a ser formados na “devoção ao Código”, expressão máxima do novo direito que começava a se formar. Consagrou-se, então, o chamado “princípio da legalidade”, importante e benéfico enquanto barreira ao poder exercido arbitrariamente, mas negativo e oposto aos ditames da justiça quando concebido, como passou a ser de modo predominante, como fundamento de uma concepção puramente formalista do direito, considerando não-jurídicas as preocupações com valores éticos e sociais. Esta concepção foi a que prevaleceu na França e teve acolhida em todos os Países que, por vários motivos, se filiaram à cultura francesa, entre eles o Brasil. Um sinal concreto dessa mentalidade e de sua sobrevivência é o currículo dos cursos jurídicos no Brasil, complementado pela metodologia de ensino ainda predominante. A Constituição, que todos os teóricos afirmam ser a “lei maior”, é estudada durante seis meses ao passo que o Código Civil é estudado durante quatro anos, artigo por artigo, preparando “aplicadores da lei”. Continua a “devoção ao Código”. Por força dessas concepções, o juiz passou a ter na Europa continental o papel que já lhe era dado na Inglaterra no começo do século dezoito, devendo ser um “aplicador da lei”, preso

à forma e proibido de analisar criticamente os textos legais para buscar a aplicação mais justa, conforme os valores sociais vigentes. Foi por esse caminho que se chegou ao juiz “escravo da lei”, expressão absurda incompatível com a condição de juiz e que torna irrelevante o valor moral ou intelectual do magistrado, e serviu, como ainda tem servido, para reduzir os juizes à condição de serviçais passivos dos “fabricantes de leis”.

Para se ter bem claro o que isso representa, basta lembrar que no ano de 1988 a imprensa brasileira denunciou a “compra de legisladores” efetuada pelo Executivo federal brasileiro, sendo membro ativo do setor de compras o ministro Sérgio Motta, o “Serjão”. Apesar da gravidade das informações divulgadas e de seu efeito desmoralizante, o ministro não tomou qualquer providência para responsabilizar o jornalista denunciante. Além disso, usou da força do governo no Congresso Nacional para impedir uma investigação parlamentar, o que permite a suposição de que as denúncias eram verdadeiras. Nesse caso, o juiz que agir como escravo da lei, preso ao mais estrito formalismo, sem considerar os princípios constitucionais que informam o processo legislativo, ignorando eventuais alegações de ilegitimidade, estará, na realidade, assumindo a condição de “escravo do Serjão” ou de qualquer outro comprador de leis.

De certo modo, as teorias jurídicas, as citações eruditas, a argumentação acadêmica, tudo isso passou a ser intensamente utilizado, já no século dezoito, para dar brilho intelectual às decisões judiciais. Com

muita frequência a leitura mais atenta de uma sentença ou acórdão revela que o julgador já tinha sua decisão construída praticamente como um silogismo, segundo o mais estrito formalismo. E o recurso a citações foi usado apenas como “argumento de autoridade”, para dar um toque erudito à decisão, que seria exatamente a mesma sem a invocação de autores consagrados. Esse foi o padrão de julgamento criado a partir do legalismo formalista.

A interferência do Executivo no processo legislativo, às vezes corrompendo legisladores, mas, com maior frequência, através de usurpação das funções legislativas, passou a ser característica do Estado a partir do final do século dezoito. Os graves desequilíbrios sociais, decorrentes dos padrões econômico-sociais do capitalismo e agravados pelas características da sociedade industrial, já evidentes nas primeiras décadas do século passado, levaram à mobilização e organização dos trabalhadores para protestos e reivindicações. Em consequência, os empresários exigiram maior presença do Estado, para conter os movimentos mais exaltados, mas também para dar resposta às principais demandas dos assalariados e das camadas mais pobres da população.

Precisando de regras para agir e sem obter uma resposta rápida e eficiente do Legislativo, o Executivo assumiu também uma função normativa, diretamente relacionada com as condições materiais de cada circunstância. Procurando-se dar o cunho de normalidade a esse procedimento, Constituições foram adaptadas, ampliando a participação formal do Executivo no processo legislativo e, afinal, passando a dar ao Executivo uma posição privilegiada nesse processo. O Legislativo ficou em plano secundário e isso estimulou novos avanços do Executivo, o que está claramente visível na realidade brasileira de hoje, quando se vê o Executivo editando uma enxurrada de medidas provisórias, praticamente todas inconstitucionais, sem que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal cumpram seu dever constitucional de impedir esse abuso. Desse modo o direito vigente no Brasil passou a ser o direito produzido pelo Executivo, ficando ignorados os princípios, as normas e as próprias formalidades constantes da Constituição.

Em alguns Estados esse abuso do Executivo é semelhante ao que se tem no Brasil. Em outros ele é mais discreto. Mas o que se tem hoje, em grande parte do mundo, é a forte presença do Executivo como fonte normativa, frequentemente ignorando os valores e as características da realidade social ou indo mesmo frontalmente contra esses dados. Estabelecendo ou garantindo privilégios, promovendo injustiças, é o próprio Executivo quem

estabelece as normas que supostamente deveriam limitar e condicionar suas ações e impedir os privilégios e as injustiças. Fingindo submeter-se ao direito, o Executivo, de fato, só leva em conta sua própria legalidade, criada por ele para atender aos interesses que ele quer proteger ou promover.

Foi essa degradação do direito que fez surgir, na metade do século vinte, uma forte reação, que, em grande parte, pode ser constatada através da afirmação e do crescimento do sistema normativo dos direitos humanos. Toda sociedade humana necessita de normas, entretanto, estas não devem ser impostas arbitrariamente nem podem ser uniformes para todos os lugares e todas as épocas. Não basta a existência de leis, pois para que elas se justifiquem e sejam respeitadas é preciso que tenham origem democrática e sejam instrumentos de justiça e de paz. Essas lições, que decorrem com evidência dos últimos duzentos anos da história da humanidade, já estavam claras há meio século, quando terminou a segunda guerra mundial.

Foi com base nas lições da História que se começou a cogitar de um novo direito, condizente com a dignidade dos seres humanos, sem privilégios nem exclusões, e ajustado a cada realidade. Esse direito exige controle constante de sua legitimidade e aferição permanente de sua conformidade às exigências da Justiça. Além disso, para aplicação justa e eficaz das normas jurídicas é indispensável ter em conta os valores humanos e sociais e as circunstâncias de cada realidade. No aparato de poder, governo e administração até hoje usado pela humanidade, nenhuma instituição parece mais adequada para o reconhecimento e a aplicação do direito que convém aos seres humanos do que o Judiciário. Por isso merece reflexão a observação de Antoine Garapon, Secretário Geral do Instituto de Altos

“Fingindo submeter-se ao direito, o Executivo, de fato, só leva em conta sua própria legalidade, criada por ele para atender aos interesses que ele quer proteger ou promover.”

Estudos sobre a Justiça, sediado na França, quando, em *La question du juge* formula a seguinte hipótese: “Se o direito liberal do século dezanove foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado-providência do século vinte foi o do Executivo, o que se anuncia poderá bem ser o do juiz”.

Um juiz novo para um novo direito

O direito novo já é, em grande parte, uma realidade. Ao lado da construção de sistemas normativos que expressamente se baseiam nos valores fundamentais da pessoa humana, cuja universalidade não exclui a particularidade das expressões condicionadas por circunstâncias de tempo e lugar, há também manifestações de condenação enfática do positivismo formalista, que tem servido de pretexto para a imposição de injustiças legalizadas. E é cada vez maior o número de pessoas que exigem o reconhecimento e o respeito de sua dignidade intrínseca, questionando a imposição de normas, de aparatos políticos e de ordens sociais e econômicas que visam assegurar a continuidade de injustiças há muito estabelecidas.

Entre os sinais dos novos tempos podem-se indicar o alargamento das atribuições dos juízes, em termos de reconhecimento de direitos e de sua caracterização, bem como o considerável aumento da procura de proteção judicial. Esses dois dados, altamente positivos, têm sido apontados muitas vezes, de boa ou de má fé, como sinais

de “crise do Judiciário”, em sentido negativo. Deficiências e dificuldades do Judiciário são apontadas como se fossem reveladoras de que a magistratura, de modo geral, não está preparada para as novas responsabilidades que começam a pesar sobre ela e, além disso, só deseja manter seus privilégios, ganhando muito, trabalhando pouco e nada fazendo para servir melhor o povo.

A realidade é que a organização judiciária, quase em todo o mundo, é deficiente em relação às novas demandas que lhe são dirigidas e às novas responsabilidades que decorrem, inclusive, de inovações constitucionais. Há inegáveis e graves inadequações na organização e nos procedimentos de órgãos judiciários, em parte relacionadas com os sistemas processuais mas, em grande parte, devidos à secular acomodação da magistratura, que se ajustou ao formalismo, valorizou demasiadamente as aparências,

aceitou a submissão ao Legislativo e ao Executivo e distanciou-se do povo.

Essa orientação formalista predominante na magistratura nunca sofreu forte contestação porque sempre foi muito conveniente para as camadas superiores da sociedade, que, tendo o domínio do Poder Legislativo, definiram como “direitos” os seus privilégios. Baseados no argumento da “neutralidade política” os juízes deram cobertura jurídica a esse artifício, fazendo a aplicação formal das leis sem a crítica de seu conteúdo, sem considerar sua compatibilidade com as exigências da justiça e com os princípios políticos expressos ou inerentes na Constituição. Na realidade, esse procedimento tem significado a neutralização do Poder Judiciário, mas no

sentido de anulação de suas funções de guarda da Constituição e controlador dos outros Poderes. Essa neutralização é complementada pelo modo de escolha dos juízes dos tribunais superiores, pois sempre são escolhidas pessoas ostensivamente ligadas aos grupos políticos dominantes ou que jamais fizeram qualquer contestação ao conteúdo de injustiça das regras vigentes.

Não há dúvida, também, que as cúpulas judiciárias se encastelaram em feudos bem protegidos, criando a possibilidade de deslizamentos éticos e descumprimento de deveres funcionais estabelecidos em normas legais, corrompendo a função jurisdicional. Mesmo em casos de escandalosa evidência desses deslizamentos, têm predominado uma atitude de

solidariedade corporativa, expressamente referida por Thomas Jefferson no século dezoito como um risco inerente à independência do Judiciário. Tal solidariedade se tem revelado através de ações ou omissões dos dirigentes dos tribunais, visando a proteção dos pares, chegando a caracterizar-se uma cumplicidade, fazendo-se o acobertamento das faltas funcionais e das ilegalidades cometidas por juízes, sob pretexto de que a publicidade seria desmoralizante para o Judiciário, e garantindo-se a impunidade dos faltosos e dos corruptos, uma vez que os Corregedores ou órgãos de disciplina existentes em tribunais superiores só exercem vigilância sobre juízes de primeiro grau.

A esse respeito é importante e oportuno lembrar que, recentemente, um tema que suscitou intenso debate no Brasil foi o controle do Judiciário, havendo várias propostas

de criação de órgãos de controle, com a participação de juízes e também de pessoas estranhas à magistratura. Disso resultou a criação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Constitucional número 45, de 2004. No decorrer dos debates houve algumas manifestações indignadas de membros da magistratura, considerando inaceitável o que se identificava como controle externo da Magistratura. Os que defendiam a criação do Conselho rejeitavam a expressão “controle externo” pelo fato de que em todos os projetos ficava assegurada a maioria de juízes no Conselho, com participação minoritária de não-juízes, mas alegavam como principal argumento, que não se falaria em controle externo ou nem mesmo se cogitaria a criação do Conselho, se houvesse efetivo controle interno, coibindo e punindo desvios éticos de magistrados.

Outro aspecto importante que deve ser ressaltado é que o Executivo, tradicionalmente habituado à submissão e à cumplicidade do Judiciário, não se conforma e reage como se estivesse sendo traído quando os juízes cobram o respeito à Constituição e às leis e concedem proteção aos que são injustamente e ilegalmente feridos em seus direitos.

Como exemplo dessa atitude, e também das ambigüidades do Executivo em relação aos direitos, vem a propósito lembrar fatos ocorridos no governo Fernando Henrique Cardoso. Seu antecessor, Itamar Franco, quando exercia a presidência da República concedeu aumento de vencimentos somente aos servidores militares, contrariando norma expressa da Constituição, que exige igualdade de tratamento entre civis e militares. Com base no desrespeito ao princípio da isonomia, alguns servidores civis pediram ao Judiciário que lhes assegurasse igualdade de tratamento e obtiveram êxito. O presidente Cardoso reagiu indignado e tornou pública sua indignação, criticando a falta de patriotismo dos juízes, que, segundo suas palavras, não pensavam no Brasil e concediam aumento da remuneração aos servidores, prejudicando o equilíbrio das finanças públicas. Essa crítica foi reproduzida com estardalhaço e endossada por grandes órgãos da imprensa.

Posteriormente, já em plena campanha eleitoral para sua reeleição, o presidente Cardoso estendeu aquele aumento de vencimentos a todos os servidores civis. Em primeiro lugar, o Judiciário não poderia ter sido criticado por conceder aumentos, pois realmente ele não fez isso,

mas apenas reconheceu que o Executivo tinha praticado uma inconstitucionalidade óbvia. Em segundo lugar, se era verdade que a concessão do aumento igual ao dos militares a alguns servidores civis comprometia o erário, com maior razão deveria causar indignação e ser considerado falta de patriotismo o ato do presidente da República, concedendo o aumento a todos os servidores civis. E a imprensa se limitou a publicar um pequeno registro, esquecida das críticas injustas feitas ao Judiciário.

Quanto à possibilidade de que os juízes venham a assumir um novo papel social e político muito mais ativo, em face do direito novo, não há dúvida de que ela existe, mas, evidentemente, há necessidade de adaptação às novas circunstâncias. Essa adaptação começa pela formação dos futuros juízes, que não poderão ser “devotos do Código”, legalistas formais ou “escravos da lei”, mas deverão preparar-se adequadamente para conhecer e avaliar com sensibilidade os fenômenos sociais que informam a criação do direito e estão presentes no momento de sua aplicação, sem esquecer que a prioridade deve ser dada à pessoa humana, sem privilégios e discriminações.

Assim, por exemplo, no ano de 2004 um desembargador integrante do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu *habeas-corpus* a um político e rico empresário, notório infrator das leis, para livrar esse personagem, denunciado por mais uma ilegalidade, de ir a uma repartição policial prestar depoimento. Como único fundamento

da concessão, escreveu o desembargador que se trata de “uma pessoa da sociedade, que não poderia ser tratada como criminoso”. Esse é, evidentemente, um comportamento típico de um juiz do direito velho, discriminatório e injusto, que compromete a autoridade, a eficiência e a imagem do Judiciário. E assim vai se definindo o Judiciário do século XXI.

Para concluir, é preciso deixar expresso que seria injusto e contrário à realidade não reconhecer que já existe no Brasil um grande número de juízes que não concorda com procedimentos como esse e tem outro padrão ético. Já é bem grande o número de juízes que, além de procurar aperfeiçoar-se intelectualmente, acompanham as inovações que ocorrem no mundo, estão atentos aos valores sociais e às exigências da dignidade da pessoa humana e procuram contribuir para a modernização, democratização e conseqüente valorização do Judiciário.

“Entre os sinais dos novos tempos podem-se indicar o alargamento das atribuições dos juízes, em termos de reconhecimento de direitos e de sua caracterização, bem como o considerável aumento da procura de proteção judicial.”

“A realidade é que a organização judiciária, quase em todo o mundo, é deficiente em relação às novas demandas que lhe são dirigidas e às novas responsabilidades que decorrem, inclusive, de inovações constitucionais.”