



D. Didi e Manuelzão, guia de Guimarães Rosa nos Gerais.
Foto: Carlos Rodrigues Brandão.

APONTAMENTOS SOBRE A (DIS)FUNÇÃO E O (DES)FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

T. Miguel Pressburger*

Uma jurisprudência que quisesse alicerçar-se nos sentimentos populares, e fizesse questão de não se isolar da coletividade, não se poderia permitir o luxo de adotar o ponto de vista da chamada verdade teórica, contrária à alma do povo¹.

RESUMO: Evolução comparativa dos sistemas do *common-law* e do *civil-law* e a construção do Estado de Direito em nações sujeitadas a um e outro sistema. Influências sociais, econômicas, políticas e ideológicas na formação do Poder Judiciário e o seu funcionamento de acordo com o sistema jurídico-legal vigente. A incapacidade do sistema judicial brasileiro em assumir função social. O predomínio da "certeza ou segurança jurídica" age em detrimento da busca da justiça como ideal ético, relegado em nome de exacerbados e arcaicos formalismos.

UNITERMOS: Poder Judiciário; sistemas jurídicos; direitos humanos; direitos sociais; Estado de Direito; poder.

Sob o título "Crise compromete atuação da Justiça", em 11 de setembro de 1994, a *Folha de S. Paulo* publicou um caderno especial com alguns subtítulos muito sugestivos. Por exemplo, "República da impunidade", ou então "Juizes empregam parentes em tribunais", e ainda "A máquina é incapaz de atender à demanda".

A matéria, carregada de dados estatísticos, revela o que todo mundo já sabia ou desconfiava, ou seja, a ineficácia do Poder Judiciário, contribuindo para a desmoralização não apenas deste Poder de Estado como do conceito mesmo de justiça.

* Advogado, coordenador do Instituto Apoio Jurídico Popular, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.

1. MANN, Thomaz. *Doutor Fausto*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1984. p. 497.

O uso constante da palavra "justiça" já induz à ambigüidade: de que *justiça* se trata? Da noção ética essencialmente imbricada com a de igualdade? Ou do prédio onde regem os funcionários do Poder Judiciário, daquela casa ou palácio para onde se dirigem os advogados quando anunciam que vão "dar entrada em uma ação na Justiça?" Essa ambigüidade explica pelo menos uma coisa, a incontestável vitória da ideologia que faz pensar a realidade de acordo com um discurso, no caso o discurso jurídico.

De outra parte, existe uma tendência generalizada de responsabilizar os próprios destinatários do serviço pelos problemas, tal como muito realisticamente Kafka (d)escreveu em "Diante da lei", ou então como o ministro Octávio Gallotti, presidente do Supremo Tribunal Federal à época, respondeu à entrevista naquele mesmo número da *Folha de S. Paulo*: "As pessoas esperam muito mais do Judiciário do que ele pode fazer. Além do fato de nem sempre poder atuar com a rapidez necessária, as pessoas não têm uma noção muito exata do que é a distribuição de poderes pela República. Então, a pessoa acha que qualquer coisa injusta se pode reclamar no Judiciário".

Da mesma forma, já está arraigado no pensamento policial que o presidiário, em princípio, pode ser torturado porque "alguma coisa fez", tanto que está preso. Esse tipo de discurso faz parte de uma cultura na qual o elemento subalterno tem de provar-se correto (e ser correto, de um modo geral, é não incomodar as autoridades).

De 7 a 14 de maio de 1995, o *Jornal do Brasil* também publicou uma série de reportagens com a declarada pretensão "de abrir a caixa-preta do Judiciário". Nesse caso também nada de novo ou não sabido foi revelado, mas alguns exemplos concretizaram o que já se desconfiava: que os feitos, digamos, normais se arrastam por anos e por muitas vezes décadas, não existindo nenhuma possibilidade de obrigar-se os juizes ou os tribunais a produzir sentenças em prazos razoáveis. Assim, a regra geral faz com que ações indenizatórias por acidente de trabalho se arrastem por dez ou mais anos, como no caso do ex-operário e agora inválido José Toshi Lopes, cuja mulher, dona Clarice, disse ao jornalista: "Acredito que existe Justiça, só que para poucas pessoas. Quando vem, a gente já morreu".

Em contraponto, o divórcio da professora June Drummond tramitou por todas as instâncias em questão de dias, possibilitando que o ex-presidente Itamar Franco assumisse a Embaixada em Portugal em companhia de sua namorada já "descomprometida".

Se a caixa-preta não foi totalmente aberta, pelo menos durante uma semana, sistematicamente, os jornalistas listaram casos de generalizado empreguismo de familiares, compra de imóveis em condições mais que favoráveis, utilização de veículos públicos para serviços domésticos, impunidade de juizes relapsos, corrup-

tos e peculatórios, gastos faraônicos com palácios para abrigar tribunais e outros tantos.

Tanto os jornalistas da *Folha de S. Paulo* quanto os do *Jornal do Brasil* parecem, porém, não ter atinado com uma importantíssima questão, se bem que não tão visível: a reiterada balela de que os juízes exercem um “poder desarmado”, razão pela qual se dizem impossibilitados de obrigar os poderosos ao cumprimento de decisões ou de determinações legais. No entanto, quando assim o querem, em razão de alguma eleição afetiva (de classe, por exemplo), não hesitam em requisitar força pública ou privada para que suas decisões sejam cumpridas, não importando as conseqüências, como em Corumbiara, que resultou num saldo de nove lavradores e uma criança assassinados, ou em Volta Redonda, onde dois operários morreram, para citar só esses casos.

O Poder Judiciário não estabelece o sistema jurídico. Pelo contrário, ele é integrante de um sistema formal, coerente com as concepções de direito e de justiça, e decorrente das relações sociais. No atual mundo ocidental, depois que nas colônias praticamente foram extintos os sistemas autóctones, passaram a predominar dois sistemas: o românico-germânico, ou codificado, ou *civil law*; e o *common law*, ou anglo-saxão, ou jurisprudencial. Esses dois sistemas, também chamados de “duas famílias”, merecem abordagem rapidíssima, mesmo arriscando-se que esta e outras curtas digressões ao longo do texto possam ensejar crítica ao seu possível ecletismo que, desde já, é assumido naquele significado ressaltado por Bobbio: “olhar um problema por todos os lados”².

O primeiro dos sistemas começou a ser organizado no século XII, como reação das universidades germânicas à imprecisão e ao discricionarismo do direito canônico, extremamente perturbador ao desenvolvimento do florescente mercantilismo. Em verdade, foi uma recuperação modernizada do direito romano cuja premissa era o estabelecimento de regras de conduta codificadas a partir de um exaustivo exercício de previsão de toda a sorte de conflitos e das possibilidades de solução dos mesmos, sendo notável o seu esforço em se tornar universal, ou seja, criar, a partir de Roma, normas que fossem vigentes para todo o império. De fato, o direito romano legou duas codificações, o *corpus juris civilis*, destinados aos patrícios, e o *jus gentium*, aplicável aos gentios desde a península Ibérica até o norte da África, a Ásia e alhures. Mas foi somente a partir do final do século XVIII, quando se colocou a codificação (inicialmente, a Constituição) como exigência social que ganhou corpo outra exigência: a de um Poder Judiciário, livre, autônomo e independente, capaz de impor barreiras ao ilimitado arbítrio dos governantes.

2. BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo, Unesp, 1995. p. 16.

No sistema do *common law*, por sua vez, o Estado não pretendeu e nem pretende a formulação de normas gerais, limitando-se à solução dos litígios e ao estabelecimento da ordem perturbada. Em sua origem, esse sistema está ligado ao poder real, para o qual era inadmissível a permanência indefinida e insolúvel de qualquer conflito, por menor que fosse. O sistema do *common law*, graças ao alargamento do império britânico, foi imposto às colônias da América do Norte, da África e da Ásia, mas é interessante notar que, onde houve recepção voluntária, a escolha recaiu majoritariamente sobre o sistema do *civil law*, a exemplo do Japão, que em meados do presente século decidiu modernizar sua estrutura jurídico-legal introduzindo o Código Napoleônico em substituição ao seu tradicional sistema.

Ao contrário do sistema codificado que obriga o juiz a um texto legal, o anglo-saxão, na ausência de códigos escritos, baseia-se nos precedentes dos quais as partes devem deduzir suas razões e sobre os quais o juiz deve proferir uma decisão. Existem outras diferenças notáveis entre esses dois sistemas, e duas poderiam ser escolhidas como significativas: a) enquanto no sistema romântico-germânico há o predomínio do processo escrito, no anglo-saxão predomina o processo oral. Não por outra razão, o cinema e a televisão divulgam julgamentos baseados no processo do *common law*, mesmo quando a trama se passa no Brasil, onde o tipo de processo não é nem um pouco “charmoso”; b) de um modo geral, o juízo tem alguma preocupação com os efeitos da decisão – o *consequentialism* – e que é totalmente inexistente na postura olímpica do juiz do sistema codificado. Nos Estados Unidos até é possível a participação em julgamentos de uma parte que é totalmente desconhecida no outro sistema: o *amicus curiae*, pessoa ou instituição cujos interesses não estão diretamente envolvidos na causa, mas que orienta o juízo sobre os efeitos sociais favoráveis ou deploráveis desta ou daquela possível decisão.

Em razão dessas diferenças, no idioma inglês “*law*” significa tanto *direito* quanto *lei*, enquanto na maioria das línguas européias continentais existem pares de vocábulos distintos: *droit e loi*; *diritto e lege*; *Recht e Gesetz*; para os conceitos romanos de *jus e legis*.

Não se deve, no entanto, passar a impressão da excelência de um sistema sobre outro. Em ambos está instaurada uma crise não apenas circunstancial, mas sistêmica, que faz com que, universalmente, a justiça seja um ideal ético cada vez mais distante e que o Poder Judiciário apenas se mova em torno do que se chama “certeza ou segurança jurídica” ou, dizendo de maneira mais contundente, a preservação da unidade ideológica dos julgamentos.

Se não anteriormente, mas a partir do período que se poderia chamar de *tatcherismo-reaganismo* (para fugir do usual *neo-liberalismo*) tem havido uma aproximação entre os dois sistemas: no sistema anglo-saxão, em função da

importância da economia política na governabilidade, o Estado vem produzindo uma enxurrada de normas, fazendo com que o Judiciário formalize cada vez mais os procedimentos jurídicos. Mas, paradoxalmente, no sistema codificado – e aqui nos referimos particularmente à Europa continental – a ânsia de regulamentação como que inviabiliza a moderna dinâmica do capital, fazendo com que as *corporations*, buscando escapar do formalismo e da lentidão dos Judiciários, estejam criando uma verdadeira tendência, inclusive com pretensões científicas (já existe cadeira autônoma em algumas faculdades de Direito): a *desregulação*.

Nas colônias, esses dois sistemas chegaram de formas distintas. O *common law* foi levado para a América do Norte pelos *Pilgrim Fathers* juntamente com a língua inglesa e foi adotado pela vitoriosa Revolução Americana, que incorporou e ampliou a tradição publicista britânica da separação dos poderes e da subordinação do governante às normas. Harold A. McDougall considera mais do que simples recepção do *rule of law* britânico pelo novo estado americano, mas ocorreu uma verdadeira revolução também em termos legalistas:

"From the beginning of the colonial period, Americans have thought of social movements in which they participate in legalistic terms. The colonial lawyers who created the ideological framework of the American Revolution were strongly influenced by 'Newtonian' thinking. Newtonianism depicted a clock-like universe in which randomness (such as that characterized human behavior) was not considered. James Madison, chief architect of the Constitution, created a Newtonian government machine of separated powers, 'it checks and balances clicking like the parts of a steam machine'. His stated purpose was to establish a rule of law capable of checking random human behavior which might stem from unbridled communitarian self-government"³.

A bem dizer, em termos de América do Norte, duas exceções devem ser feitas: o estado da Luiziana e a Província do Québec do Canadá, nos quais vigora o sistema francês codificado.

Já em termos da América Latina, a adoção do direito codificado em sua versão positivista não se deu de forma tão tranqüila. Enquanto na França já se delineava o Estado Liberal, que sem dúvida foi a primeira organização política da história capaz de levantar barreiras e controles ao ilimitado arbítrio dos governantes, na península Ibérica este ideário ainda sofria severa repressão que se agravava quando estendida para as colônias. Se para os colonos da América do Norte a sujeição do monarca às leis era coisa indiscutível, pois para isso foram as duas

3. MCDUGALL, Harol A. Social movements, law, and Implementation: a clinical dimension for the New Legal Process. In: *Cornell Law Review*, v. 75, p. 83.

revoluções, a de Cromwell e a chamada Gloriosa, para os colonos ibero-americanos era algo semelhante ao artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão, "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*", só era vislumbrável num horizonte revolucionário, vez que as idéias da separação dos poderes, dos direitos do homem e do cidadão, da possibilidade de recurso a um poder judiciário eram motivos suficientes para acusação e condenação criminal.

A esse propósito, no delicioso *O diabo na livraria do Cônego*, de Eduardo Frieiro⁴, se vê como as idéias *subversivas*, mesmo de matriz norte-americana, são criminalmente qualificadas de *idéias francesas (sic)*, o que faz o autor abrir um capítulo chamado "A hora da América... pelo meridiano de Paris".

No Brasil, nos movimento independentistas do século XVIII e nos posteriores do século XIX – isto para não falar da atualidade –, o ideal do Estado de Direito (o *rule of law*) era uma das mais fortes bandeiras. Mesmo depois do vergonhoso desembarque no Rio de Janeiro do fugitivo monarca português, nada parecido com um "Poder" Judiciário foi implantado pelos governantes e não há porque se perder tempo em falar do título eventualmente denominado "juiz" conferido pela coroa aos burocratas. No Primeiro Império, o passo mais importante para a constituição de um sistema jurídico foi a inauguração dos cursos de direito em 1827, com sua primeira faculdade em Olinda. Logicamente, não se tratava de formar advogados que pudessem defender questões de interesse social, pois sequer existiam tribunais dignos desse nome; o objetivo declarado dessa escola de direito e, posteriormente, daquelas de São Paulo e Salvador, era a formação de quadros dirigentes para a máquina do Estado, aí incluindo o Senado e os governos provinciais. Não obstante, estudantes e formados, mesmo os oriundos de famílias aristocráticas, incorporaram-se aos movimentos abolicionistas e republicanos, criando a tradição jacobina dos "XI de Agosto", que, de certa forma, perdurou até pouco após a ditadura militar de 64. Mas isso é uma outra história.

A organização e forma de atuação do Poder Judiciário brasileiro, e de resto ibero-americano, não se deve apenas à opção pelo sistema românico-germânico em contraposição ao sistema anglo-saxão. Tanto um sistema como o outro permitem posturas mais autoritárias ou mais democráticas do Poder Judiciário; basta lembrar que o sistema vigorante na África do Sul é o anglo-saxônico e são sobejamente conhecidas as posturas daquele Judiciário durante a vigência do *apartheid*. Da mesma forma, o Judiciário norte-americano, velada ou abertamente, deu (usamos o verbo no passado, pela atual reversão de tendência) um

4. FRIEIRO, Eduardo. *O diabo na livraria do cônego*. Belo Horizonte, Itatiaia/São Paulo, Edusp, 1981.

tratamento discriminatório a todas as ações que, de alguma forma, envolvessem questões raciais.

Na organização do Poder Judiciário brasileiro, exerceu forte influência o papel que o latifundismo determinou na formação das classes dominantes. Contrariamente ao *homestead*, implantado no território norte-americano a partir do pressuposto *wakefieldiano*⁵ de que nas colônias não existia propriedade fundiária prévia à ocupação dos colonos individualizadamente (a questão das *plantations* do sul deve ser vista no contexto da derrota sofrida na guerra civil), as arcaicas formas de concessões, doações ou a apropriação pura e simples de vastíssimas fatias do território nacional, desde os primórdios da colonização, perpassando pelos períodos imperiais e depois pela República, fortemente modelaram o poder político das classes dominantes brasileiras e conseqüentemente a parte jurídica desse poder.

O latifúndio é muito mais que propriedade (juridicamente definida como a prerrogativa de usar, gozar e livremente dispor de alguma coisa) de uma grande extensão territorial, é um espaço de domínio que *naturaliza* o poder político lá exercido⁶.

A organização judiciária, cujo modelo não é nem neutro nem meramente funcional e tampouco necessariamente decorrente do sistema jurídico adotado, é cópia do sistema de dominação feudal da península Ibérica e estabelece hierarquias de acordo com o território no qual seus membros exercem seu poder: desde os grandes tribunais nacionais até uma vara especializada em alguma comarca de interior. Essa hierarquia se transporta também para os funcionários, tão mais importantes quanto mais “nobre” o espaço em que trabalham, não obstante todos exerçam alguma forma de autoridade pelo simples fato de cuidar de papéis que supostamente servem para o cumprimento da justiça.

Da mesma forma, até bem recentemente era lícito às oligarquias a formação e manutenção de milícias privadas – inclusive com o reconhecimento oficial de patentes de oficialato; e também competia às senhorias locais nomear não apenas juizes mas todos os serviços judiciais e cartorários.

Mesmo que, atualmente, o provimento dos cargos iniciais se faça por concurso público, os políticos detêm mecanismos de controle e de corrupção relativamente dissimulados. Um exemplo é tão repetitivo que já se constitui em “problema” para a cúpula do Judiciário. “A falta de estrutura leva o Judiciário, em

5. Edward Gibbon Wakefield, economista britânico, autor de *England and America. A comparison of the social and political state of both nations*. 1833.

6. Para Henri Lefebvre, em *Espace et politique – le droit e la ville II*. Paris, Anthropos, 1972, a dominação só pode ser exercida em um espaço físico determinado, não podendo existir dominação em abstrato.

muitos municípios, a depender da boa vontade do Executivo local. A isenção das decisões judiciais, nestes casos, é a primeira a ser prejudicada. Um ministro do STJ narra que é comum nas cidades do interior as prefeituras darem todo o material de apoio aos juizes, função que é do governo estadual”⁷.

O ministro não explicitou que por material de apoio muitas vezes entende-se casa de moradia, automóvel com combustível e emprego para familiares; também não explicitou que o “doador” nem sempre é o prefeito local, mas pode ser – e de fato costuma ser – o coronel suserano desse e de outros prefeitos.

Já se disse que é pela anatomia do homem que se conhece a do macaco. Mas também se disse que as formas mais atrasadas permanecem como resíduos mais ou menos resistentes nas formas mais avançadas. Talvez se possa mais facilmente entender o sistema jurídico colonial ibero-americano a partir do atual sistema, da mesma forma que alguns verdadeiros absurdos vigentes possam ser esclarecidos a partir dos resquícios arcaicos tão cuidadosamente mantidos pelas classes governantes.

“Nos países que seguem o sistema do direito romano ou direito civil, o aparato judicial tem tendência a se constituir numa zona de poder separada da sociedade e de suas tensões, das divisões e enfrentamentos políticos que nela se geram. Zona de poder separada porém não independente, já que o Judiciário, enquanto aparato, tende a se articular com os grupos dominantes na sociedade, e dos quais, conseqüentemente, não pode ser independente. Em função deste compromisso de classe, não se vê o Poder Judiciário nem condicionado pelas forças alternativas que se afirmam e se organizam na sociedade, nem pela lógica que essas forças desenvolvem; é independente da cidadania a que julga, e é dependente do poder ao qual se submete, mesmo que ele se afaste da legalidade formal e destrua a institucionalidade na qual, inclusive, o próprio aparato judicial está inserido”⁸.

O sistema judicial vigente foi inspirado no projeto napoleônico adequado ao capitalismo europeu-continental do século XIX e implantado num espaço institucional fechado e homogêneo de uma sociedade oligárquica e escravista. Secularmente tem resistido às profundas mudanças sociais, como se a crescente complexidade social e os decorrentes conflitos não lhe dissessem respeito e como se mesmíssimas fossem ainda as relações sociais que influíram no Código Civil de 1916 ainda vigente. (A propósito, em vários momentos deste texto poderia ser repetida uma frase de Arnaldo Jabor, mas aqui talvez seja o primeiro momento em que caiba tão bem: “O atraso não é uma derrota, é uma conquista das classes

7. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 set. 1994. p. A-8.

8. HERRERA RIVAS, Alicia. Crise na Justiça judiciária. In: *Pela democratização do Judiciário*. Rio de Janeiro, Apoio Jurídico Popular/Fase, 1987.

dominantes". Pois a elaboração do Código Civil tem seu início com a Consolidação Teixeira de Freitas de 1856 e conclusão em 1916; portanto, em 1917, quando entrou em vigor, já estava socialmente obsoleto!).

Este Judiciário, aferrado a uma cultura arcaica que o capacita a lidar apenas com questões triviais e repetitivas, de nenhum ou muito pouco impacto social; que o impossibilita de reconhecer conflitos outros que não os meramente interpessoais entre fazendeiros do século XIX; que o faz vincular conceitos de cidadania a um sistema estratificado de normas e posturas burocráticas; que o torna hesitante e impotente diante de situações que lhe são desconhecidas, é mais uma vitória das classes dominantes que transmudou o que deveria ser uma função social em mais um mecanismo – é verdade que sutil e dissimulado – de graves e sistemáticas violações, de discriminação e de exclusão social.

O grande e aparentemente insolúvel desafio a ser enfrentado pelo Judiciário é adequar o atual sistema jurídico às condições de vida de uma sociedade não mais aquela rural do século passado, mas ainda com cerca de metade de seus habitantes vivendo de maneira subumana, se bem que não mais submetidos ao regime escravista explícito.

A já mencionada obtusa preocupação das cúpulas judiciais com a "certeza jurídica", leva o Poder Judiciário a voltar as costas para as angustiantes carências de justiça de largas parcelas da população, fazendo com que se perpetue a ideologia de que a lei só vale para o favorecimento de um segmento social e de que ao Judiciário não cabe universalizar a aplicação dos mais elementares Direitos Humanos, função exclusiva do Poder Executivo.

É verdade que, se os Direitos Humanos foram constituídos originariamente como forma de proteger o cidadão contra o risco de abusos e arbítrio por parte do Estado, os modernos direitos econômicos, sociais e culturais estão consagrados na Constituição como prerrogativas dos segmentos sociais desfavorecidos e como obrigação dos Poderes de Estado. No entanto, a aplicação de normas que façam contemplar os direitos humanos relegados tem perturbado a rotina dos tribunais incapacitados de exigir do Executivo o cumprimento de providências – a maioria das quais já claramente explicitadas pela lei – sem o que os direitos sociais careçam de eficácia. De um modo geral, o Poder Judiciário sabe encontrar meios de se movimentar com celeridade quando se trata da defesa do direito de propriedade, inclusive argüindo a falta de til ou de vírgula em decretos expropriatórios para fins de reforma agrária. Mas se queda titubeante e reticente diante de ações baseadas em reconhecimento ou reposição de direitos fundamentais outros, listados no art. 5º da Constituição Federal, mesmo diante do que nela vem expresso. "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

No governo Collor, um certo ministro se deu ao trabalho de contar quantos direitos estavam assegurados na Constituição e, escandalizado, comparou o total com o parco número de deveres estatuídos. Recentemente, um ministro do atual governo repetiu essa matemática. Ambos tentavam demonstrar a ingovernabilidade se tantos direitos continuassem assegurados aos cidadãos. Na mesma linha transita a cúpula do Poder Judiciário, sendo reveladora parte da entrevista do ministro Luiz Octavio Gallotti em dois momentos distintos e distantes um do outro: "A morosidade também está ligada à multiplicação dos litígios. Com a Constituição de 1988, os feitos se multiplicaram e as leis administrativas nem sempre foram feitas com cuidado"⁹. "A constituição vigente foi generosa nos direitos sociais que, às vezes, têm custo alto. O Judiciário ficou abarrotado de feitos sociais, gerando expectativas de direitos superiores aos recursos existentes"¹⁰.

Não fazendo com que sejam efetivados os direitos já consagrados pela Constituição, o Judiciário também se revela incapaz de garantir o império da lei. Por seu espírito extremamente conservador, o Poder Judiciário tende a demorar muito tempo a adequar-se às novas contingências sociais, mesmo que estejam elas exaustivamente expressas em normas de suposta obrigatoriedade. Uma das figuras mais gratas aos juristas de matriz positivista é a chamada *pirâmide helseniana*, segundo a qual a lei básica, ou *gründnorm*, é a Constituição que determina o conteúdo de todas as demais leis, decretos, regulamentos, etc. No entanto, foram, na Europa do pós-guerra, e são na América Latina após ditaduras militares, exatamente os juristas progressistas e não os positivistas (por vezes chamados de alternativos, outras de insurgentes) que se aferram a esta *pirâmide*, dela exigindo efetividade, vez que o Poder Judiciário, por força de inércia e mesmo por preferência ideológica, tende a julgar com base em leis ante e infra constitucionais, resquícios de tempos fascistas e/ou de ditaduras militares.

Por exemplo, proclamando a Constituição de 1988 a obrigatoriedade de a propriedade cumprir sua função social sob pena de ser passível de desapropriação; enumerando exaustivamente não apenas a Constituição como agora também a legislação complementar, o que seja esta função social; doutrinadores dos mais conspícuos, já tendo criado a figura jurídico-processual (plenamente aceita e repetida até por ministros do STF) da "desapropriação-sanção", os juízes ainda insistem em conceder as famigeradas medidas liminares de despejo como proteção de pseudoposse contra ocupantes de latifúndios improdutivos, mesmo quando, por definição legal, aquela propriedade está sujeita à desapropriação.

9. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 set. 1994.

10. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 8 maio 1954.

Os verdadeiros problemas do Judiciário não são, como se pretende apresentar, a falta de verbas, de prédios, de funcionários etc. (problemas que obviamente existem), mas estar ele formado numa cultura incapaz de entender a sociedade e seus conflitos, além de estar bloqueado para internamente discutir e permitir que setores e grupos sociais discutam livremente a efetiva democratização desse ramo do Estado.

Quando se trata de abdicar (ou “reinterpretar”) sua independência diante de regimes autoritários, o Poder Judiciário da América Latina não leva a primazia. No fascismo italiano, o Estado teve pouquíssimo trabalho para substituir alguns juizes, logrando manter íntegra e submissa a estrutura do Poder Judiciário. O mesmo se pode apontar na Espanha franquista, no Portugal salazarista, na França sob ocupação nazista etc.

Essa triste tradição demonstra que o Judiciário tende a aceitar a ditadura, a tolerar intromissões, a acatar limitações à jurisdição e à competência. Em contrapartida, nos períodos de normalidade jurídico-institucional, reclama independência, sensibiliza-se contra qualquer intromissão, exige autonomia, castiga manifestações de crítica ou de censura à sua atuação. A vinculação com o Poder talvez explique essa tradição, que perdura ao longo de diversas fases históricas, em evidente contraste com rupturas ocorridas no nível institucional.

Apenas como ilustração e salvo duas ou três exceções individuais, o Poder Judiciário brasileiro totalmente acatou as restrições que lhe foram impostas pelos atos institucionais da ditadura militar, silenciando mesmo quando alguns de seus membros (inclusive ministros da Suprema Corte) foram atingidos. Não obstante, muito recentemente, por ter um governador se recusado a ceder força policial para promover o despejo de camponeses de um latifúndio sobre o qual já pesava decreto de interesse social para fins de desapropriação (a fazenda Can-Can no Paraná), o Poder Judiciário estadual requereu e obteve do Tribunal Federal decisão de intervenção federal; além disso a Associação dos Magistrados Brasileiros representou perante a Suprema Corte contra aquele governador, arguindo desobediência de ordem judicial, quebra do princípio da autonomia dos poderes, e *en passant*, o fato de não ter atendido às reivindicações salariais dos magistrados locais! (Incidentalmente, a questão da fazenda Can-Can foi resolvida por desapropriação; a intervenção federal não se concretizou, vez que por delongas processuais o governador concluiu normalmente o seu mandato e os magistrados tiveram seus vencimentos elevados por autodecisão).

Em verdade, ao longo dos tempos, mas principalmente a partir da economia capitalista, a dominação tem buscado legitimar-se com apoio nas relações jurídicas muito mais que pela violência escancarada. Mas quando há o recurso da violência é ela rapidamente revestida de roupagens jurídicas que as legalize. Assim foi nas recentes ditaduras militares na América do Sul: imediatamente após os golpes que

destituíram governantes legalmente eleitos, o general de plantão baixava normas com denominações coerentes com o léxico jurídico: “emendas constitucionais”, “atos institucionais”, “decretos-leis” etc. e, o que é de se sublinhar, os ditadores jamais prescindiram de juristas e tampouco faltaram aqueles que alugassem seus malabarismos hermenêuticos para justificar a barbárie.

A crise do sistema tem merecido largas e constantes reflexões, também por parte dos seus próprios integrantes, todas elas na direção de apontar deficiências materiais que, uma vez supridas, poderiam reconduzir o Poder Judiciário ao cumprimento de suas funções. No entanto, no bojo de um vasto trabalho de diagnóstico encomendado pela Usaid, são apontadas pelo menos quatro propostas de solução equivocadas¹¹.

1) Propostas administrativas, como maior número de juízes e tribunais, mais recursos materiais e humanos, mais computadores, melhores salários para a magistratura etc. Este é um enfoque simplista do tipo “mais da mesma coisa” e, no máximo, poderia trazer um alívio meramente burocrático e assim mesmo de curto prazo. É claro que a aplicação da justiça necessita de mais e melhores recursos, mas a solução do problema só poderá começar se juntamente com o reaparelhamento ocorrer também profunda mudança na antiga estrutura.

2) A segunda proposta reducionista se concentra nos problemas de aplicação da justiça como se todos os problemas fossem decorrentes de falhas processuais, solucionáveis pela atualização de determinadas leis (alteração de prazos, simplificação de rituais e de exigências etc., do sistema em vigor). Esse ponto de vista tem sido estimulado nas universidades, que têm enfatizado a processualística como forma de conhecimento do sistema judiciário. Tal ênfase se limita a pormenores legais do procedimento e abstrai o verdadeiro problema que é a aplicação da justiça.

3) A terceira falácia é acreditar que a solução para os problemas judiciais se encontre na modificação dos sistemas de arquivos, registros e métodos de administração. Essa proposta sofre de “miopia cultural” por não levar em conta que a melhoria de um sistema endogenamente ruim somente fortalecerá a natureza nociva do próprio sistema.

4) A quarta solução enganosa aponta para a necessidade de, por meio de cursos de especialização e treinamentos, conferir mais competência aos operadores jurídicos: magistrados, promotores e advogados. No entanto, continuando a vigência do sistema tal e qual existe hoje, o bom juiz sempre terá suas funções dificultadas, ao passo que aqueles que aprenderam a proceder rotineira e ritualisti-

11. BINDER, Alfredo. Perspectivas sobre a reforma do processo criminal da América latina. In: *USIS, Program Information*, n. 24, 22 mar. 1993

camente, fazendo o que deles se espera que façam, não enfrentarão problemas em sua carreira.

A carreira de juiz não está sujeita somente à lei e aos regulamentos específicos. Existe explicitado, ou não, o sistema de valoração das sentenças de acordo com a jurisprudência dominante nos tribunais, e os magistrados sabem que a lei não é a única regra aplicável: o memorando pode derrogar a lei; o telefonema, a depender de quem está do outro lado da linha, pode reformar a Constituição.

Juntamente com as Forças Armadas, a Justiça é o corpo estatal menos democrático. Os juízes não são iguais entre si; diversas "categorias" subordinam uns aos outros, constituindo verdadeiros centros de poder que, como autênticos gestores da função judicial, rejeitam toda vinculação com a soberania ou a crítica popular, detêm o monopólio dos mais importantes postos dirigentes e são os únicos e exclusivos centros de elaboração da deontologia da magistratura, modelando o seu comportamento social e político.

Muito recentemente, a partir da generalização do concurso público para ingresso na carreira e não mais da nomeação pelo governante, foi possível assumirem alguns juízes imbuídos de sensibilidade social que, superados os dois anos de estágio probatório, e portanto já no gozo das prerrogativas constitucionais, passaram a sentenciar muitas vezes em desacordo com a ideologia vigente. As cúpulas judiciais, não podendo simplesmente demitir estes juízes, lançam mão das "promoções", removendo-os para uma comarca ou vara mais importante, mas onde não haja ocorrência de questões socialmente relevantes.

A pretexto de sobrecarga de trabalho nos tribunais superiores é recolocada uma proposta da qual jamais desistiu o setor mais conservador da magistratura, mas que agora, pelo engano, alcança também juízes progressistas que nela não enxergam a possibilidade de se constituir como que uma nova oligarquia, aquela que diz como julgar. Trata-se do *efeito vinculante*, ou seja, se um tribunal superior decidir alguma questão de uma determinada forma, todos os juízes serão obrigados a assim decidir. Nem no sistema do *common law* se foi tão longe, pois nele está sempre em aberto a qualquer juiz ou corte reformar precedentes.

Outra característica do sistema brasileiro, aliás não diferente no resto da América Latina, é o ritualismo cerimonialista do processo, o que causa pelo menos dois desastrosos efeitos. O primeiro efeito é criar verdadeira casta daqueles que dominam a linguagem e os códigos protocolares, diferenciados do povo; e aqui o povo é tomado em sentido amplamente abrangente já que os empulhados nesse cerimonial podem ser pessoas até superiormente educadas. O segundo efeito é possibilitar aos julgadores não entrar no mérito das questões que lhes são trazidas, levando em conta apenas os aspectos formais para a decisão. Esses resquícios medievais não sofrem nenhum ataque eficaz por parte do Poder Judiciário, que à

primeira vista deveria ser o primeiro interessado em deles se libertar. Seria extremamente simples, na era da informática, a abolição da empolada linguagem cartorial, proveniente ainda do tempo em que os escribas ganhavam por linha (daí o ridículo "saibam todos quantos esta virem que no ano da graça de Nosso Senhor Jesus Cristo" etc.), ou então a simplificação das petições com eliminação de partes óbvias (por exemplo, o expresse pedido de citação em petição inicial, ou o pedido de recebimento em petições de recursos), formalidades cujas ausências, independentemente do conteúdo material da petição, são motivo suficiente para arquivamento de feitos.

Nos processos judiciais criminais, o formalismo, a pretexto de garantir ampla defesa, é ainda mais exacerbado, beneficiando aqueles delinquentes que podem contar com advogados de altos honorários. Apenas para confrontar, em 1989, o especulador Naji Nahas foi acusado e processado por um escândalo financeiro da ordem de US\$ 600 milhões; não apenas não foi condenado como em pouquíssimo tempo se beneficiará com a prescrição do processo. Na mesma época, os estagiários da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro levantaram o montante dolarizado de todos os processos com réus que cumpriam pena em penitenciárias estaduais por crimes contra o patrimônio. Não foi surpresa o resultado da pesquisa: o valor total das condenações não atingia 30% do valor pelo qual o especulador estava acusado.

No já mencionado diagnóstico da Usaid sistematizado por Alfredo Binder, é ressaltado que o sistema inquisitorial-escrito medieval, de origem européia-continental, tem como característica mais marcante a *santidade* que lhe foi atribuída pela Lei Canônica, e que tem resistido ao longo dos 500 anos de história da América Latina, apesar das revoluções liberais, dos governos seculares, dos regimes republicanos e da sua já total extinção nas matrizes européias. Esse sistema talvez até seja "eficiente" para lidar com causas judiciais menos importantes, como pequenos delitos. No entanto, se o objetivo for criar um papel central para o judiciário na luta contra as mais importantes formas de crimes modernos, incluída aqui a generalizada corrupção do Estado que contamina todo o tecido ético da sociedade, o sistema tem se demonstrado totalmente incompetente, o que, em última instância, revela-se como conivência. Em verdade, como que tapando o sol com peneira, reiteradas vezes os membros do Poder Judiciário procuram atribuir a impunidade dos poderosos a defeitos da lei ou à ausência de leis específicas. Aponta o ministro Scartezzini: "Nenhum ministro procura acobertar o óbvio: a maioria das pessoas condenadas no Brasil pertence a uma classe social muito específica. 'O volume de processos é contra os pobres mesmo. Mas nós julgamos o que nos chega. O Judiciário não pode ser culpado se a maioria dos processos atinge pessoas humildes. A coisa começa na delegacia de polícia', aponta o

ministro Scartezzini. Em certos estados, a polícia fica contaminada pelas mazelas políticas locais. O inquérito pode não ser feito, ou ser mal-feito", lembra Velloso¹².

Um sistema que funciona apenas para criminosos menos importantes, como disse um dos maiores criminalistas brasileiros, Heleno Fragozo, para reprimir os três "pês" – pobres, pretos e prostitutas – está na base de um dos efeitos mais nocivos às sociedades latino-americanas: a impunidade dos poderosos e, em consequência, a desmoralização e inviabilização de algo parecido com democracia e Estado de Direito.

Enfim, não como consolo, mas levando em conta que é a própria magnitude dos problemas que tem a capacidade de encaminhar soluções, duas constatações relativamente ao Judiciário ficam muito patenteadas: a primeira é que, se ele ficou inadequado para atender aos reclamos de justiça da imensa maioria da população, também está incapacitado para atender às necessidades atuais e imediatas dos setores dominantes da sociedade; e a segunda, o Judiciário brasileiro não difere muito, em todos os seus gravíssimos defeitos, dos outros Judiciários ibero-americanos. As críticas relativas à insensibilidade social e outras já são sobejamente conhecidas, mas vale mencionar o que pensam os juristas chilenos, encantados com o "livre mercado":

"Un sistema judicial ineficiente y reglas legales inciertas introducen altos costos de transacción, desalentando la celebración de contratos y obligando a las partes a aceptar soluciones que resultan ineficientes. (...) Consolidar una economía de mercado supone mejorar el sistema judicial y la calidad dela producción legislativa. En otros términos, la consolidación del modelo económico, como objetivo estratégico del país, exige invertir en la mejora del derecho y en la legitimidad de sus instituciones"¹³.

A generalizada crise de legitimidade do Poder Judiciário tem provocado efeitos profundos sobre o ideal republicano democrático nos países da América Latina; não é possível construir uma democracia sem que o processo de aplicação da justiça desempenhe um papel central, que os juízes tenham autoridade e independência para julgar e saibam o que estão julgando (e não apenas despachando papéis), que o povo acredite e aceite a autoridade dos magistrados, que por sua vez devem demonstrar que estão cumprindo uma das mais relevantes funções sociais e não apenas participando de uma estrutura tripartite de estado meramente formal.

12. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 7 maio 1995.

13. PEÑA GONZALEZ, Carlos. Mercado y sistema legal. *El Mercurio*. Santiago, 29 set. 1995. p. A-2.