

O despertar dos juízes¹

Dalmo de Abreu Dallari

Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP; Vice-presidente da Comissão Internacional de Juristas

Bons juízes sem um bom judiciário

Como acontece em muitos outros países, inclusive em alguns exportadores de teorias e modelos jurídicos, o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário. Na realidade, os três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas, afinal, por causa deles o povo, injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada setor das atividades públicas, personagens desse tipo têm atuado no Legislativo, no Executivo e no Judiciário.

É igualmente verdadeiro que, apesar da afirmação de equivalência dos Poderes, estabelecida em todas as Constituições brasileiras desde 1891, tem havido sempre nítida prevalência do Executivo, secundado pelo Legislativo, aparecendo o Judiciário, na prática, como o Poder mais fraco. Isso, entretanto, não exonera o Judiciário de toda responsabilidade por suas deficiências e por sua própria fraqueza nem torna inútil o exame de suas imperfeições, sendo certo que estas, quase sem exceção, independem dessa posição de inferioridade de fato.

No caso do Judiciário existem enormes inadequações, muitas das quais incorporadas como tradições intocáveis. Por isso o Poder Judiciário brasileiro está fora do tempo e mesmo trabalhando muito produz pouco, se considerarmos que no seu caso o que se espera

¹ Reprodução autorizada *ipsis litteris* do excerto do livro *O Poder dos Juízes*.

teoricamente é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direitos. Desde as insuficiências na formação dos juízes, que devem ser debitadas aos cursos jurídicos mas são agravadas pela acomodação dos próprios juízes e por seu método de trabalho, até os vícios institucionais que lhe dão a imagem de lento, formalista, elitista e distante da realidade social, tudo isso compõe um quadro desfavorável ao prestígio da magistratura.

A boa rebelião dos juízes

Um dado muito positivo é que de dentro do próprio quadro de juízes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, procurando fazer com que se justifiquem na prática o prestígio teórico e a condição de Poder constitucional de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça.

Esse movimento renovador e democratizante teve início na França e na Itália na década de setenta, tendo seguidores ativos na magistratura européia, como ocorreu na Espanha, e atingindo depois outros países, inclusive o Brasil. Uma boa fonte para conhecimento das raízes da “rebelião” dos juízes franceses é o livro *Le ghetto judiciaire*, de Philippe Boulanger (Paris: Ed. Grasset, 1978), onde há muitas informações sobre a situação da magistratura francesa e a reação iniciada através do *Syndicat de la Magistrature*. Muitos juízes se opuseram às propostas do Sindicato e isso acabou gerando a fundação de outro sindicato de magistrados, mas este fato, em si mesmo, é uma demonstração de que a semente frutificou e a situação do Judiciário começou a ser discutida. Quanto aos juízes italianos é fundamental o conhecimento dos motivos que inspiraram a criação do movimento denominado “Magistratura Democrática”. Para tanto é valioso o trabalho *Crise político-istituzionale e indipendenza della magistratura*, de Salvatore Senese, publicado pela revista *Questione Giustizia*, editada pela casa editora Franco Angeli, de Milão (anno I, n. 2, 1982).

O movimento para renovação da magistratura espanhola, hoje um dos mais vigorosos e dinâmicos da Europa, tem sua base mais expressiva na associação *Jueces para la Democracia*, sediada em Madri, mas com ramificações em toda a Espanha, sendo integrada por grande número de membros da magistratura espanhola. A associação publica regularmente uma revista quadrimestral denominada *Jueces para la Democracia*, que se define como “órgão de informação e debate”, uma das mais importantes expressões da nova mentalidade dos juízes no mundo contemporâneo.

Em vários pontos do Brasil já existem hoje associações de juízes que não seguem o modelo das tradicionais organizações corporativas, as quais, visando proteger os juízes de contaminação pela sociedade, estimulavam o isolamento e alimentavam a resistência a qualquer inovação. Como exemplos do novo tipo de associação pode ser mencionada a *Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, com seu núcleo de defesa do direito alternativo, que pode ser questionado por algumas posições extremadas, como quando parece pretender que cada juiz faça o “seu direito” e a “sua justiça”, ignorando as leis do país. De qualquer modo, merecem registro suas posições corajosas e seu esforço para conseguir que o Judiciário saia da acomodação e procure assumir papel positivo na busca da justiça.

Outro exemplo merecedor de especial referência é o aparecimento em 1991, da *Associação Juízes para a Democracia*, que pelo próprio nome revela a recusa do “modo tradicional de fazer justiça”, que tem sido utilizado, muitas vezes, para proteger com uma fachada de legalidade formal injustiças sociais essencialmente antidemocráticas e injustas. Embora tenha sido criada por iniciativa de juízes de São Paulo, essa entidade tem caráter nacional e recebeu, imediatamente, a adesão de juízes estaduais e federais de muitas partes do Brasil. Isso lhe assegura o reconhecimento como entidade representativa dos juízes brasileiros e lhe dá força para ir muito além das manifestações corporativas, características das tradicionais associações de magistrados.

Essas iniciativas inovadoras abrem caminho para a valorização do Poder Judiciário. Sendo mais do que simples guardião e executor de meras formalidades legais, assegurando os direitos de todos e não

os privilégios de alguns, ele será realmente útil na implantação e preservação de uma sociedade democrática. E daí virá, naturalmente, a autoridade dos juízes.

Formalismo e abstração fora da realidade

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça.

Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e de jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça.

Não se percebe preocupação com os interesses e as angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não têm mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte.

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.

O legalismo expulsou a justiça

Essa atitude de apego exagerado às leis, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezanove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual, “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Quando as revoluções burguesas dos séculos dezessete e dezoito enterraram o absolutismo, trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como a garantia da justiça contra o arbítrio. Na obra consagrada de Montesquieu, *Do espírito das leis*, que está presente a idéia de que todos os seres humanos estão sujeitos a leis, que são expressões da razão. Há uma lei política e uma lei civil, não sendo admissível um relacionamento humano fora da lei.

A lei sendo igual para todos e todos ficando subordinados à lei, deve ser o princípio da igualdade e a garantia da liberdade.

Entretanto, a lei de que falavam Montesquieu e os primeiros liberais era a lei natural numa concepção racional, entendida como “a relação necessária que deriva da natureza das coisas”. E o que acabou prevalecendo foi a lei apenas formal, fabricada artificialmente pelos Legislativos, sem qualquer preocupação com a justiça, os direitos humanos fundamentais e os interesses sociais. Como bem expressou Jean Paul Sartre, “o Racionalismo expulsou Deus da Terra”, devendo-se acrescentar que a subordinação das relações humanas exclusivamente à razão significou também a expulsão dos imperativos éticos. Entretanto, nem mesmo a subordinação à razão prevaleceu, tendo ocorrido durante o século dezanove uma deformação dessas concepções que, de algum modo, sujeitavam todos os seres humanos a regras objetivas, iguais para todos.

A expressão mais degenerada dessa deformação, que esconde o arbítrio de alguns homens atrás da máscara só aparentemente neutra das leis, é a corrupção grosseira de legisladores, que em troca de dinheiro e de vantagens pessoais vendem seu apoio a um projeto de lei. A ocorrência freqüente desse vício ficou amplamente demonstrada durante as investigações realizadas no Brasil sobre a corrupção no governo Collor, que acabaram revelando a existência

de ativas ramificações no Senado e na Câmara de Deputados. Grandes empresários, que freqüentemente aparecem na imprensa criticando o governo e fingindo-se indignados com a corrupção no setor público, costumam contribuir para a formação de fundos destinados a comprar o apoio de parlamentares para a aprovação de certos projetos de lei. E inúmeros registros na imprensa ou em obras de teoria e divulgação, baseados em fatos ocorridos em diferentes países, mostram que práticas semelhantes são adotadas em muitas partes do mundo. Como fica evidente, o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis.

Esse legalismo formal, que afastou o direito da justiça, foi agravado na América Latina pela influência, ainda hoje muito forte, de Hans Kelsen, teórico nascido em Praga e que realizou seus estudos e desenvolveu suas teorias em Viena. É tão profunda a influência da obra de Kelsen no Brasil e em toda a América Latina, que vale a pena fazer algumas considerações sobre sua contribuição ao direito, sobretudo porque, com muita freqüência, o que se utiliza é uma versão panfletária de seu pensamento, havendo muitos que se afirmam “Kelsenianos” sem nunca terem lido um só de seus livros ou, então, utilizando a versão difundida por juristas que encontraram, em parte da obra do eminente teórico, um bom escudo para a sustentação de posições formalistas antidemocráticas e contrárias à ética e à justiça.

Tendo adquirido grande prestígio no Império Austro-Húngaro, após a primeira guerra mundial Hans Kelsen exerceu influência política e deu contribuição muito importante para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico, com a mesma força com que existia no mundo político. Prosseguindo na linha desenvolvida por vários juristas alemães, que procuraram enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek - Hans Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E complementando essa teorização preocupou-se com a efetiva aplicação das normas constitucionais como superiores e

condicionantes de toda a legislação. A contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional. Inúmeros autores tratam desse aspecto da obra de Kelsen, como, por exemplo, Rudolf Machacek, em seu livro *Austrian contributions to the rule of law* (Engel, Arlington: Ed. N. P., 1994).

Entretanto, apesar da importância dessa contribuição, o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção “normativista” do direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais do que o autor da teoria. De qualquer modo, criou-se e ainda se mantém um “Kelsenismo” que exerceu e continua exercendo grande influência, razão pela qual é importante conhecê-lo.

Pretendendo “purificar” o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então crescente da sociologia, Kelsen construiu uma “teoria pura do direito”, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo. Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria o fundamento primeiro do direito é uma “norma fundamental hipotética”, que, segundo ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que compõem uma “constituição teórica”, a qual, por sua vez, será o fundamento da “constituição positiva”, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por conseqüência, todo o direito se resume ao direito positivo.

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar

com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.

Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais da Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça.

É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, “uma forma legal de promover injustiças”. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezanove denominada “dogmatismo”, induz a contradição semelhante, pois pretende que a pessoa humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.