

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

**JUSTIÇA E DIREITO: ARTICULAÇÕES TEÓRICAS E PERCEPÇÕES DOS
USUÁRIOS DO NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA UFRN**

RAFAEL LAFFITTE FERNANDES

NATAL/RN
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RAFAEL LAFFITTE FERNANDES

**JUSTIÇA E DIREITO: ARTICULAÇÕES TEÓRICAS E PERCEPÇÕES DOS
USUÁRIOS DO NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA UFRN**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como pré-requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado em Ciências Sociais.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Spinelli Lindoso

NATAL/RN
2009

RAFAEL LAFFITTE FERNANDES
JUSTIÇA E DIREITO: ARTICULAÇÕES TEÓRICAS E PERCEPÇÕES DOS
USUÁRIOS DO NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA UFRN

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como pré-requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado em Ciências Sociais.

Aprovada em: ____/____/____

Prof. Dr. José Antonio Spinelli Lindoso
Orientador
UFRN

Prof. Dr. João Emanuel Evangelista de Oliveira
Examinador
UFRN

Prof. Dr. Gabriel Eduardo Vitullo
Examinador
UFRN

Prof. Dr. Francisco de Assis Brandão dos Reis
Examinador
UFPE

Prof. Dr. João Bosco Araujo da Costa.
Suplente
UFRN

NATAL/RN

2009

Dedicatória

Dedico esta dissertação a todos que são vítimas do descaso do Estado e da falta de solidariedade por parte da sociedade, mas que, ainda assim, conservam-se firmes e constantes, perseverando e lutando por um mundo mais justo.

Agradecimentos

Aos meus pais e meu irmão, maiores incentivadores deste estudo, contribuintes fundamentais das minhas vitórias.

Ao meu orientador, Professor Dr. José Antonio Spinelli Lindoso, que acreditou neste trabalho, cujas sábias palavras foram de inimaginável importância para conclusão desta dissertação.

Aos Professores Dr. João Emanuel Evangelista de Oliveira e Dr. Gabriel Eduardo Vitullo pelos ensinamentos e indicações bibliográficas quando da Banca de Qualificação, sem as quais este trabalho não seria possível.

Novamente ao Professor Dr. João Emanuel Evangelista de Oliveira, pelas inesquecíveis aulas sobre a pós-modernidade e pelos textos fornecidos após a Banca de Qualificação.

Ao amigo Flaubert Mesquita de Oliveira, verdadeira bússola sem a qual eu ainda estaria navegando à deriva pelos mares das Ciências Sociais.

Aos professores, funcionários, estagiários, alunos e usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da UFRN, em especial à estagiária Jakecilene Lindolfo Barbosa.

A todos que um dia contribuíram para o enriquecimento das Ciências Sociais, ramo do conhecimento humano que aprendi a respeitar e admirar e que me libertou dos grilhões formalistas que atualmente acorrentam o Direito.

I am fifty years old and I have always lived in freedom; let me end my life free; when I am dead let this be said of me: "He belonged to no school, to no church, to no institution, to no academy, least of all to any régime except the régime of liberty".

Gustave Courbet

Percebi que era necessário, uma vez em minha vida, desconsiderar tudo em que acredito e começar novamente desde os fundamentos, se quisesse estabelecer um conhecimento firme e constante.

René Descartes

A incerteza do presente é uma poderosa força individualizadora. Ela divide em vez de unir, e como não há maneira de dizer quem acordará no próximo dia em qual divisão, a idéia de interesse comum fica cada vez mais nebulosa e perde todo valor prático.

Zygmunt Bauman

Brasil, um monumento à negligência social.

Erick Hobsbawn

I tried to find the rhythm of the world where I used to live. I followed the current. I was silent, attentive, I made a conscious effort to smile, nod, stand, and perform the millions of gestures that constitute life on earth. I studied these gestures until they became reflexes again.

Kris Kelvin, in Solaris

RESUMO

FERNANDES, Rafael Laffitte. **Justiça e Direito: Articulações Teóricas e Percepções dos Usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da UFRN**: 2009: 206 p. Dissertação do Curso de Mestrado em Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

O estudo em tela dedica-se a analisar como os usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (NAJ/UFRN) representam o Poder Judiciário brasileiro, desconstruindo a visão dominante acerca da justiça e do Direito. O nosso estudo se divide em duas etapas. Na primeira etapa, analisaremos momentos históricos que demonstram a ligação entre justiça, Direito e ideologia. Na segunda etapa analisaremos os dados obtidos na fase final de pesquisa, identificando como o Poder Judiciário brasileiro é conceitualmente reproduzido pelos indivíduos que têm ações judiciais patrocinadas pelo NAJ/UFRN, demonstrando como justiça, Direito e ideologia caminham lado a lado, ao contrário do que prega o pensamento jurídico imposto pelo modelo jurídico capitalista.

Palavras-chave: Poder Judiciário brasileiro. Usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Representações.

ABSTRACT

FERNANDES, Rafael Laffitte. **Justice and Law: articulations and perceptions the users of the Center for Judicial Assistance of UFRN**: 2009: 206 p. Master's degree dissertation presented to the Social Sciences master degree course of the Federal University of Rio Grande do Norte.

The present study has the objective of analyzing how the users of the Center for Juridical Assistance of the Federal University of Rio Grande do Norte (NAJ/UFRN) represent the Brazilian Judicial Power, undoing the dominant concept about justice and Law. Our study is divided in two levels. In the first one we analyse the historical moments that show the connection between justice, Law and ideology. In the second level we analyse the data obtained in the final stage of our research, identifying how the Brazilian Judicial Power is represented by the individuals that have judicial actions sustained by NAJ/UFRN, showing that justice, law and ideology are linked, despite of the discourse preached by the capitalist judiciary model.

Key-words: Brazilian Judicial Power. Users of the Center for Juridical Assistance of the Federal University of Rio Grande do Norte. Representations.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	Divisão, por tipo de ação, das 253 demandas pesquisadas	196
Gráfico 2	Divisão, por gênero, das 253 demandas pesquisadas	197
Gráfico 3	Situação laboral dos homens	198
Gráfico 4	Situação laboral das mulheres	199

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Distribuição dos entrevistados por gênero	142
Tabela 2	Distribuição dos entrevistados por faixa etária	142
Tabela 3	Distribuição dos entrevistados por grau de instrução	143
Tabela 4	Distribuição dos entrevistados por faixa de renda individual mensal	144
Tabela 5	Distribuição dos entrevistados por residência (considerando as Zonas Administrativas)	145
Tabela 6	Distribuição dos entrevistados por tipo de demanda	146
Tabela 7	Agilidade dos magistrados na ótica dos usuários entrevistados	146
Tabela 8	Volume de trabalho dos magistrados na visão dos entrevistados	147
Tabela 9	Opinião dos usuários do NAJ/UFRN quanto ao subsídio dos magistrados	148
Tabela 10	Interferência das emoções, valores e problemas pessoais dos magistrados no julgamento	148
Tabela 11	Interferência de terceiros no julgamento dos processos	149
Tabela 12	Interferência no processo por parte dos entrevistados	150
Tabela 13	Peso da classe social no julgamento da causa na ótica dos entrevistados	150
Tabela 14	Corrupção no Poder Judiciário na visão dos entrevistados	151
Tabela 15	Opinião dos entrevistados sobre qual Poder da República é o mais corrupto	152
Tabela 16	Qualidade do atendimento dos serventuários do Poder Judiciário na ótica dos entrevistados	152
Tabela 17	Visão geral dos entrevistados sobre a prestação jurisdicional	153
Tabela 18	Contato dos usuários do NAJ/UFRN com a Constituição Federal	154
Tabela 19	Segundo principal meio pelo qual os usuários do NAJ/UFRN tomam ciência dos seus direitos	155

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS

CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
JFRN	Justiça Federal do Rio Grande do Norte
NAJ	Núcleo de Assistência Jurídica
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFRN	Universidade Federal do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

Resumo	07
Abstract	08
Considerações iniciais	13
Capítulo 1 - Introdução a uma visão crítica da justiça e do Direito	23
Capítulo 2 - Direito, justiça e cidadania	74
Capítulo 3 - Direito, justiça e ideologia	103
Capítulo 4 - Justiça e Direito: articulações teóricas e percepções dos usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da UFRN	141
Considerações finais	179
Bibliografia	187
Anexo I - Dados obtidos na fase inicial da pesquisa	195
Anexo II - Questionário aplicado aos 100 entrevistados	202

Considerações Iniciais

Em 5 de outubro de 1988, há 20 anos, surgia a nova Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Fruto do trabalho de 559 parlamentares, a nova Carta Magna tinha como objetivo romper com o regime militar.

O então Deputado pelo PMDB/SP, Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, ao discursar quando da promulgação da nova Constituição, a chamou de “Constituição Cidadã”, “documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil”¹, tendo em vista que a Constituição de 1988 foi elaborada com o intuito de documentar e assegurar direitos que garantiriam uma cidadania eficaz e ativa.

A partir de 1988, seguindo as orientações da nova Carta Política, é missão do Estado brasileiro garantir os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A Constituição Federal de 1988 considera o acesso à justiça um direito fundamental do indivíduo, ao afirmar no art. 5º, inciso, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sendo o acesso à justiça um direito fundamental do indivíduo e crucial para o pleno exercício da cidadania, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, afirma que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, é o estatuto, ainda vigente, que “estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.”

Apesar da Carta Magna de 1988 ter amparado expressamente o direito à assistência jurídica gratuita, esta não foi a primeira vez que o referido direito é previsto na legislação, como aduz CUNHA (In: Sadek, 2001, p. 157-156):

Na legislação brasileira, a assistência jurídica tem suas origens nas Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1916. Essa lei dispunha, em seu Livro III, Título 84, § 10, que as causas cíveis e criminais dos miseráveis e dos que se mostrassem indefesos em juízo seriam patrocinadas gratuitamente por advogados particulares. Durante a

¹ <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/01/materia.2008-10-01.8383554980/view>

vigência dessa lei, foi criada em 1890, junto ao Ministério da Justiça, uma “comissão para o patrocínio gratuito dos pobres em juízo”, através do decreto 1.030. [...] No âmbito constitucional, a Constituição de 1934 inseriu a assistência jurídica entre os direitos e garantias individuais, reconhecendo, assim, a prestação desse serviço como dever do Estado, que seria prestado através de advogados servidores públicos. Com a Constituição de 1937, a assistência jurídica perdeu o *status* constitucional. Somente em 1946, ela readquiriu tal tratamento, também manifesto nas Constituições de 1967 (art. 150, § 32) e na Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969 (art. 153, § 32). Em lei ordinária, a assistência jurídica, ainda com nome de assistência judiciária, foi instituída e organizada pela lei 1.060 de 1950.

Atualmente, é dever das Defensorias Públicas Estaduais e Federais cumprirem o citado inciso LXXIV do art. 5º da CF. Todavia, as Universidades, Públicas e Privadas, têm, em seus cursos de Direito, uma disciplina denominada “assistência jurídica” ou “prática jurídica”, onde os alunos de Direito colocam em prática os conhecimentos adquiridos ao longo do curso, mediante o atendimento às pessoas carentes, prestando auxílio jurídico gratuito, sob a supervisão de professores.

Nos chamados Núcleos de Assistência (ou Prática) Jurídica, os acadêmicos de Direito redigem as peças jurídicas apropriadas para cada caso; ato contínuo, os professores, que precisam ser advogados, corrigem e assinam as peças, para que estas possam ser dirigidas ao Poder Judiciário. Desta forma, os estudantes aperfeiçoam seus conhecimentos jurídicos e a população carente, ainda que pontualmente, tem acesso ao Poder Judiciário.

No que diz respeito à Universidade Federal do Rio Grande Norte, o Núcleo de Assistência Jurídica (que aqui será chamado pela sigla NAJ/UFRN) foi criado em 1962, tendo como base experiência realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

No NAJ/UFRN, os “usuários” (como aqui serão denominadas as pessoas que se dirigem ao NAJ), após passarem por uma triagem que leva em consideração critérios financeiros e territoriais, são encaminhados a gabinetes, onde são atendidos por grupos formados geralmente por cinco alunos, dependendo da quantidade de estudantes da turma. Dentro dos gabinetes os alunos ouvem o usuário e tomam as medidas necessárias, sempre consultando os professores em caso de dúvida.

Não há um valor fixo que determine se alguém pode ou não utilizar a assistência jurídica ofertada pelo NAJ/UFRN. Segundo o art. 2º da Lei

1.060/50, “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Esse é o critério seguido pelo NAJ/UFRN. Pode ser, por exemplo, que determinado indivíduo tenha uma boa renda, mas tenha que pagar pensão a três filhos e tenha dívidas com instituições financeiras que o impossibilitem de pagar um advogado.

Importantíssimo destacar o art. 3^a da Lei 1.060/50, que enumera quais despesas estão isentos os que dela se beneficiam:

Art. 3^o. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

O NAJ/UFRN possui atuação limitada, não atuando na Justiça do Trabalho, Militar e Eleitoral, além de não cuidar de ações criminais. Não há uma lei nem sequer uma norma oficial da própria UFRN limitando as atribuições do NAJ/UFRN², tendo sido uma prática constante do Departamento de Direito da UFRN limitar a atuação do NAJ/UFRN na Justiça Federal e Estadual, com exceção das matérias criminais, que não são ajuizadas.

Durante cinco períodos (2006.1 até 2007.2 e 2008.2) lecionamos no NAJ/UFRN como Professor Substituto vinculado ao Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

O contato quase que diário com os usuários do NAJ/UFRN e suas necessidades despertou o interesse em conhecê-los mais profundamente e,

² Como se perceber ao se pesquisar em:

http://www.ufrn.br/ufrn/conteudo/universidade/doc_oficiais.php. Acesso em 09/03/2008, 14:31 hrs.

após uma análise de 253 processos ajuizados pelo NAJ/UFRN³, verificamos que o usuário padrão do NAJ/UFRN é mulher, com idade entre 20 e 30 anos, residente em bairros periféricos de classe baixa, que vai buscar pensão alimentícia contra o ex-marido ou companheiro.⁴

O Código de Processo Civil não exige que as partes mencionem sua escolaridade na petição inicial. Infelizmente, o NAJ/UFRN não armazenou tais dados e não foi possível contatar todos os usuários dos processos pesquisados. Contudo, durante a fase final de coleta de dados, quando das entrevistas com os usuários do NAJ/UFRN, apuramos o grau de instrução dos indivíduos pesquisados.

Continuemos.

Como já afirmamos, durante dois anos e meio lecionamos no Núcleo de Assistência Jurídica da UFRN, tendo convivido com indivíduos que muitas vezes colocam na prestação jurisdicional a esperança de obter a própria sobrevivência: dos 253 processos analisados na fase inicial de pesquisa, 90 (35,57%) são ações pleiteando pensão alimentícia.

Curiosamente, somados os 253 processos analisados, o Direito Privado responde por 100% dos pleitos estudados. Só o Direito de Família⁵ responde pela esmagadora maioria dos processos pesquisados, constituindo 83,39% das demandas analisadas.

Entretanto, é crucial frisar que os conflitos existentes nos litígios judiciais patrocinados pelo NAJ/UFRN, apesar de refletirem recortes da vida privada dos indivíduos, transcendem para a esfera pública, sendo também relações entre as pessoas e o Estado, este representado pela função judiciária estatal.

Ademais, não podemos cair no erro de acharmos que os problemas encontrados nos processos do NAJ/UFRN são exclusivos da classe de baixa renda (usuária do NAJ/UFRN). Dúvidas acerca de paternidade, casamentos em crise, pais que não ajudam no custeio das necessidades dos filhos, por exemplo, não são situações específicas de determinada classe social.

³ Devemos frisar que a quantidade de 253 processos não representa o total de processos ajuizados pelo NAJ/UFRN, mas o número de demandas que estava acessível para pesquisa.

⁴ A citada pesquisa se encontra no ANEXO I.

⁵ O Direito de Família é o ramo do Direito Privado que cuida de institutos como casamento, relações de parentesco, união estável, alimentos, bem de família, tutela e curatela.

Entretanto, é sabido que nas classes mais abastadas tais problemas são geralmente resolvidos no âmbito interno das famílias, que, por diversos fatores (vergonha de expor seus problemas pessoais em um processo, por exemplo) somente recorrem ao Judiciário como última medida.

Os assuntos tratados no Código Civil (e nos demais estatutos que disciplinam o Direito Privado) devem ser resolvidos, *a priori*, no âmbito particular. Contudo, a conduta de determinado indivíduo pode violar a legislação e/ou os princípios que regem a matéria, cabendo ao Estado intervir para normalizar a situação. Sendo a inércia uma das características do Poder Judiciário, este somente age quando provocado.

Entretanto, isto não muda o fato de que existe uma relação entre indivíduo e Estado (na figura do Poder Judiciário), já que este atua diretamente na intimidade das pessoas, buscando apaziguar contendas que, em uma primeira leitura, dizem respeito somente aos envolvidos.

Sabidamente não é fácil permitir que terceiro interponha sua autoridade e obrigue alguém a decidir sobre como este deve conduzir suas relações privadas. É exatamente isto que o Poder Judiciário faz nos casos a ele submetidos.

A convivência com os usuários do NAJ/UFRN nos sensibilizou, chamando a atenção para a precária condição em que o exercício da cidadania se encontra no Brasil, ao constataremos os diversos problemas que cotidianamente enfrentam os citados usuários, grande parte deles vítimas da falta da qualidade dos serviços públicos essenciais.

Apesar da redemocratização prevista a partir de 1988, a desigualdade social decorrente do capitalismo periférico faz com que grande parcela dos usuários esteja à margem da proposta constitucional de assegurar a cada pessoa o exercício pleno de seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 divide entre vários órgãos a missão de garantir a democracia e assegurar os direitos constitucionais. O sistema jurisdicional ficou sob a responsabilidade do Poder Judiciário (art. 92 ao 126), do Ministério Público (art. 127 ao 130), da Advocacia Pública (arts. 131 e 132), da Advocacia privada (art. 133) e da Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

O Poder Judiciário, como se percebe, tem destaque na Carta Magna, estando ligado a diversos direitos fundamentais, como o já citado acesso à justiça.

Coube, assim, ao Poder Judiciário a missão de, em última instância, zelar pela Constituição Federal e leis do país, decidindo os conflitos que lhe são submetidos.

Feitas essas considerações, tracemos nossa problemática.

Afirma SADEK (2001, p. 7):

Formalmente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil pode ser classificado como um Estado de Direito e como uma democracia. Liberdades e direitos individuais e coletivos são garantidos, bem como há o império da lei. Os preceitos legais, entretanto, apesar de sua indiscutível importância, nem sempre traduzem a realidade. Um olhar, ainda que superficial, sobre o cotidiano, revela que proliferam práticas de desrespeito a direitos básicos, quer impetradas por organismos estatais, quer por agentes privados. Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos como sobre canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios. Tornaram-se lugares-comuns denúncias apontando o crescimento de comportamentos que contrariam os princípios de uma vida civilizada, da impunidade e das dificuldades do acesso aos canais formais de resolução dos conflitos. [...] Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, neste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. Daí ser legítimo afirmar que o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania. No exercício de suas funções, o Judiciário, segundo prescreve a Constituição brasileira, tem duas faces: uma, de poder de Estado; outra, de prestador de serviços. Tanto em um caso como no outro, há, primordialmente, a distribuição da Justiça. Não se trata, é claro, de uma justiça abstrata, mas de possuir a palavra final, quer sobre conflitos de natureza eminentemente política, quer sobre disputas privadas.

A partir de 1988 reforçou-se o discurso entre a maioria dos chamados “operadores do Direito” (magistrados, advogados, promotores, dentre outros que funcionam junto ao Poder Judiciário) que conceitua a justiça como uma instituição neutra, imparcial, guardiã incondicional dos interesses da população, protetora dos fracos e oprimidos. O Direito, por sua vez, na visão dessa corrente, é o instrumento que torna possível a efetivação da justiça.

Dentro dessa ótica, seria o Poder Judiciário o órgão historicamente construído e idealizado como responsável pela materialização da justiça, a quem foi atribuído a missão de concretizar, nos casos específicos, a realização da cidadania quando esta foi de alguma forma negada.

Apesar da Carta Magna de 1988 ter consagrado a prestação jurisdicional como basilar para o exercício da cidadania, não se pode aceitar tais afirmações sem um processo crítico de reflexão. Lembra CARVALHO (2006, p. 7):

O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais "o povo quer isto ou aquilo", diz-se "a cidadania quer". Cidadania virou gente. No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã. Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. De liberdade, ele foi. A manifestação do pensamento é livre, a ação política e sindical é livre. De participação também. O direito do voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas. Pelo contrário. Já 15 anos passados desde o fim da ditadura, problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos.

Expressões como "eu vou à justiça procurar meus direitos" ou "o jeito agora é ir ao Judiciário" bem espelham que a população, de certa maneira, atribui ao Poder Judiciário e ao Direito uma função de importância no exercício da cidadania, esperando a aplicação dos direitos em casos em que estes foram negados. Contudo, podemos afirmar que é o Poder Judiciário um órgão neutro e imparcial, acima dos conflitos sociais, distante da luta de classes?

Vinte anos após a promulgação da *Lex Mater*, nosso objetivo é demonstrar que a justiça e o Direito podem, antes de representarem instituições libertadoras, se consubstanciarem em instrumentos de opressão e dominação.

Para tal missão, realizaremos um estudo do ponto de vista dialético, utilizando um pensamento crítico sobre o conceito ideal de justiça, através de um ânimo analítico e uma atitude contestatória acerca da justiça como algo que está acima dos conflitos sociais, na linha do que diz GOLDMANN (1991, p. 05-06):

O pensamento dialético afirma em compensação, que nunca há pontos de partida absolutamente certos, nem problemas definitivamente resolvidos; afirma que o pensamento nunca avança em linha reta, pois toda verdade parcial só assume sua verdadeira significação por seu lugar no conjunto, da mesma forma que o conjunto só pode ser conhecido pelo progresso no conhecimento das verdades parciais.

A citada abordagem dialética é crucial para comparar o que é idealizado como realidade construída, como aduz CHAÚÍ (1984, p. 15):

Marx afirma que o método histórico-dialético deve partir do que é mais abstrato ou mais simples ou mais imediato (o que se oferece à observação) percorrer o processo contraditório de sua constituição real e atingir o concreto como um sistema de mediações, de relações cada vez mais complexas e que nunca estão dadas à observação. Trata-se sempre de começar pelo aparecer social e chegar pelas mediações reais, ao ser social. Trata-se também, de mostrar como o ser do social determina o modo como este aparece aos homens.

Nosso estudo se direciona a uma visão crítica da justiça e do Direito nos planos teórico e prático, realizando uma desconstrução dos conceitos, através de uma visão crítica que vença o mito da neutralidade da justiça, como lembra MACHADO (2004, p. 66):

Na verdade a teoria jurídica crítica procura romper com o mito da neutralidade do direito, demonstrando que a interpretação dogmática da lei, de forma supostamente neutra e equidistante dos conflitos sociais, nada mais é do que uma servil reprodução dos interesses de classes superiores do ponto de vista socioeconômico, previamente consolidados na norma jurídica.

Nosso papel é descortinar o véu ideológico da justiça, analisando determinadas práticas do sistema jurídico que escondem as “verdadeiras verdades”, como assevera FOUCAULT (2006, p. 113):

No fundo da prática científica existe um discurso que diz: ‘Nem tudo é verdadeiro’; mas em todo lugar e a todo momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez adormecida, mas que no entanto está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada. A nós cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar .

Necessário assim, quebrar o discurso jurídico atual, de natureza formalista e cunho ideológico, como assevera GONÇALVES⁶:

Hoje em dia, a despeito da teoria jurídica tradicional que celebra a-historicamente o *idealismo jurídico* (Miaille, 1994), já está relativamente consolidada na literatura jurídica uma gama de estudos que denunciam a *ideologia* contida no discurso jurídico e do direito hegemônicos. Institutos como a igualdade formal, supremacia da lei, onipotência do

⁶ Os clássicos do pensamento social brasileiro como fundamento de uma Filosofia Jurídica Crítica: a legislação vigente como causa da negatividade de negros e índios no Brasil colônia. Disponível em <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo60.pdf>. Acesso em 02/05/2009, 15:37 hrs.

legislador, neutralidade axiológica, etc, mostram-se incapazes de explicar a contento a forma que o direito se expressa para a maior parcela da população latino-americana: *a legislação vigente como fonte de injustiça* (Gonçalves, 2006). Sendo o conflito de classe uma das características fundamentais da sociedade capitalista, a necessária consequência é que este conflito terá grande expressão na esfera jurídica (Miall, 1994; Monreal, 1988). Em relação à configuração do “sistema de direito vigente” – a arquitetura jurídico-institucional da Modernidade capitalista –, a crítica elaborada por Dussel denuncia o fato de que esse “sistema” estaria pautado em uma “pretensão de legitimidade” na qual as leis, já que (supostamente) decididas em comum acordo, valem indistintamente para todos.

Lembra MORIN (2006, p. 29):

O poder imperativo/proibitivo dos paradigmas, crenças oficiais, doutrinas reinantes, verdades estabelecidas, determina os estereótipos cognitivos, preconceitos, crenças estúpidas não contestadas, absurdos triunfantes, rejeições de evidências... e faz reinar, sob todos os céus, os conformismos cognitivos e intelectuais.

No plano teórico utilizaremos autores que criticam os conceitos tradicionais de justiça e Direito, desmascarando os discursos falaciosos reproduzidos pelo Direito capitalista e aceitos pela maioria da população. É pensar a justiça e o Direito como fenômenos ideológicos, vinculados e comprometidos com determinados interesses da classe dominante.

No nível prático, demonstraremos, mediante pesquisa direta com usuários do NAJ/UFRN, fatos que comprovam as afirmações da parte teórica. A nossa metodologia está descrita de forma mais profunda no capítulo 2 desta dissertação.

Isto posto, nosso objeto de estudo é o usuário do NAJ/UFRN e nosso objetivo é analisar como a prestação jurisdicional do Estado é vista pelo citado usuário, criticando o Estado como suposto aplicador racional da justiça e demonstrando a relação entre justiça, Direito e ideologia. Ilustres são as palavras de SALGADO (1996, p. 497):

A razão na história não se mostra diretamente sem esforço. Seu sentido está imerso em meio às contingências. O Estado não deixa de estar pela mesma forma sujeito a essas contingências que mascaram a sua verdadeira essência. A racionalidade que ele expressa é, muitas vezes, nas suas manifestações empíricas, encoberta pela violência, pelos privilégios, pela sujeição do interesse coletivo ao privado, pela irracionalidade, enfim.

Nossa hipótese é a de que “o povo não foi educado a exercer direitos e a exigir justiça, mas tem sido habitualmente domesticado a procurar auxílios e favores”, como aduz, com extrema felicidade, COMPARATO (2004, p. 153), em seu artigo intitulado *O Poder Judiciário no regime democrático*.

Devemos deixar claro que não é objetivo desse trabalho realizar um resgate histórico da conquista dos direitos sociais, civis e políticos no Brasil. Não se trata de negar a importância de tal estudo, pois somente pode se compreender o presente (e pensar o futuro) se conhecermos o passado.

Todavia, queremos focar nossas forças em estudar como o Poder Judiciário é visto pelos usuários do NAJ/UFRN, analisando suas opiniões em conjunto com certas práticas dos magistrados em casos concretos (vários deles divulgados na mídia).

Imperioso destacar ainda que nosso estudo não se preocupa em definir ou analisar a questão das “representações sociais”, devendo o verbo “representar” ser interpretado em seu sentido comum, de conceber.

Em termos estruturais, nossa dissertação está organizada em considerações iniciais, quatro capítulos e considerações finais.

Feitas essas considerações, iniciemos nosso estudo.

Capítulo 1 – Introdução a uma visão crítica da justiça e do Direito.

1.1 – Grécia: os sofistas e os filósofos.

Pinsky, ao escrever sobre o papel dos profetas da época da Judéia, cita Amós como um dos primeiros idealizadores do conceito de cidadania, realçando que Amós pouco valorizava os templos, comemorações e sacrifícios ofertados aos deuses, estando mais interessado na justiça e na solidariedade. Para tanto cita uma passagem bíblica de Amós que atesta tal idéia (*apud* PINSKY, 2005, p. 24):

Eu aborreço e desprezo as vossas festas; e vossas assembléias solenes não me dão prazer. Se vós me oferecerdes holocaustos e presentes, não os aceitarei; e não porei os olhos nas vítimas gordas que ofertares, em cumprimento de vossos atos. Aparta de mim o ruído dos teus cânticos; eu não ouvirei as melodias de tua lira. Antes corra o juízo como as águas e a justiça como ribeirão perene. (Amós, 5, 21-24)

Amós era um crítico da hipocrisia dos poderosos de sua época e da forma como estes distribuía a justiça entre a população. Para Amós, a felicidade somente poderia ser encontrada se os direitos dos indivíduos fossem respeitados. Vejamos mais uma vez Amós (*apud* PINSKY, 2005, p. 24):

Portanto, já que explorais o pobre e lhes exigis tributo de trigo, edificareis casas de pedra, porém não habitareis nelas; plantareis as mais excelentes vinhas, porém não bebereis do seu vinho. Porque eu conheço as vossas inúmeras transgressões e os vossos graves pecados: atacaís o justo, aceitais subornos e rejeitais os pobres à sua porta. Por isso, o que for prudente se calará, porque é tempo mau. Buscai o bem, e não o mal, para que vivais, e o Senhor, Deus de todo o poder, estará convosco, como vós afirmai. (Amós, 5, 11-14)

Este trecho bíblico demonstra claramente que aproximadamente 750 anos antes de Cristo, Amós já pensava em um Estado assistencial, cuja função seria prover à população serviços como moradia e alimentação. Considerando que o Estado é sustentado pelo tributo do povo, este tem o direito de ser protegido por aquele.

Indo até a Grécia antiga, encontraremos a cidade-estado de Atenas, que é lembrada como modelo de uma democracia direta em que o indivíduo participava efetivamente das decisões que afetavam o futuro da cidade, não havendo idéia de representação ou de partido político.

Cidadania, para os gregos, era estar em simbiose com a cidade, manifestada na possibilidade de votar nas Assembléias e, assim, decidir o rumo da *polis*. Sobre as Assembléias, esclarece FINLEY (1988, p. 31-35):

...a democracia ateniense era direta, não representativa, em dois sentidos. O comparecimento à Assembléia soberana era aberto a todo cidadão, e não havia burocracia ou funcionários públicos, exceto uns poucos escriturários, escravos de propriedade do Estado que faziam registros inevitáveis, como cópias de tratados e leis, listas de contribuintes inadimplentes e similares. O Governo era, assim, “pelo povo”, no sentido mais literal. A Assembléia, que detinha a palavra final na guerra e na paz, nos tratados, nas finanças, na legislação, nas obras públicas, em suma, na totalidade das atividades governamentais, era um comício ao ar livre, com tantos milhares de cidadãos com idade superior a 18 anos quantos quisessem comparecer naquele determinado dia. Ela se reunia freqüentemente durante o ano todo, no mínimo quarenta vezes, e, normalmente, chegava a uma decisão sobre o assunto a discutir em um único dia e debate, em que, em princípio, todos os presentes tinham o direito de participar, tomando a palavra. *Isegoria*, o direito universal de falar na Assembléia, era algumas vezes empregado pelos escritores gregos como sinônimo de “democracia”. E a decisão era pelo voto da maioria simples daqueles que estivessem presentes. [...] Seria, no entanto um erro fazer vista grossa ao fato de que a votação na Assembléia fora precedida por um período de intensa discussão, nas lojas e tavernas, na praça da cidade, na mesa de jantar – uma discussão entre os mesmo homens que se reuniram na Pnyx para o debate e votação formais. Não poderia haver homem algum na reunião naquele dia que não conhecesse pessoalmente e mesmo intimamente considerável número de seus colegas votantes, seus companheiros de Assembléia, inclusive talvez alguns dos oradores dos debates. Nada poderia ser mais diverso da situação atual, em que o cidadão, individualmente, de vez em quando, se engaja, junto com milhões de outros, não apenas com uns poucos milhares de vizinhos, no ato impessoal de marcar uma cédula eleitoral ou de manipular as alavancas de uma máquina de votação.

Percebe-se claramente, no fim da citação, que Finley se aproxima bastante da idéia de Bauman de que a individualização pós-moderna gera uma desagregação social, que se reflete de várias maneiras, dentre elas, na apatia e na mecanização da visão política dos indivíduos, algo que não acontecia em Atenas.

Entretanto, deve ser lembrado que a cidadania em Atenas se resumia aos indivíduos do sexo masculino, que eram em torno de 40 mil pessoas, estando excluídos os imigrantes, os escravos e as mulheres. Pela pequena quantidade de pessoas aptas politicamente, havia o debate efetivo das questões em pauta.

O papel das Assembléias era tanto que, segundo FINLEY (1988, p. 37), era capaz inclusive de frear a institucionalização de uma elite política. Vejamos:

Em termos constitucionais mais convencionais, o povo não só era elegível para cargos públicos e possuía o direito de eleger administradores, mas também era seu o direito de decidir quanto a todos os assuntos políticos e o direito de julgar, constituindo-se como tribunal, em todos os casos importantes civis e criminais, públicos e privados. A concentração de autoridade na Assembléia, a fragmentação e o rodízio dos cargos administrativos, a escolha por

sorteio, a ausência de uma burocracia remunerada, as cortes com júri popular, tudo isso servia para evitar a criação de uma elite política institucionalizada. A liderança era direta e pessoal; não havia lugar para marionetes medíocres manipulados por trás da cena pelos “verdadeiros” líderes. Homens como Péricles, sem dúvida, constituíam uma elite política, mas tal elite não se autoperpetuava; para conseguir ser membro dela, em primeiro lugar, era necessário desempenho público na Assembléia. O acesso a ela era aberto e para permanecer como membro era preciso manter o desempenho.

Interessante destacar que em Atenas existia um mecanismo criado para punir quem fizesse propostas que fossem contrárias aos Princípios da *Isegoria*: o *graphé paranomon*.

O *graphé paranomon* era um procedimento mediante o qual qualquer cidadão podia anular uma proposta a ser votada pela Assembléia, alegando que a moção em pauta contrariava a constituição da cidade, a *Politéia*. Suspendia-se a votação e a questão era colocada para ser decidida por um órgão judicial. Até mesmo decisões já tomadas pela Assembléia podiam ser anuladas. Em caso de procedência da denúncia, o autor da proposta considerada ilegal sofria uma multa e sua proposição era anulada. Quem sofresse a punição por três vezes perdia a condição de cidadão.

Pertinente o comentário de FINLEY acerca do *graphé paranomon* (1988, p. 39):

Nosso sistema protege a liberdade dos representantes pela imunidade parlamentar que, paradoxalmente, protege sua irresponsabilidade. O paradoxo ateniense era inverso: protegendo tanto a liberdade da Assembléia como um todo quanto a de cada um de seus membros ao lhes negar imunidade.

É algo realmente curioso, mas devemos lembrar que em Atenas a participação política era mais do que um direito, se constituindo em um dever. Havia inclusive uma Lei aprovada por Sólon que determinava que, em caso de guerra, quem não escolhesse um lado perderia os direitos civis. Não podia haver apatia política.

Em Atenas, a educação do indivíduo era feita mediante a participação deste nas mais variadas instituições, dentre elas a Assembléia. A Assembléia tinha a capacidade de fazer o indivíduo pensar além dos interesses particulares, agindo em busca do bem coletivo, refletindo sobre princípios que visavam o bem comum. Com o tempo, seu caráter ia sendo formado à luz desses ideais, como assevera Mill (*apud* FINLEY, 1988, p. 43):

Não é suficiente levado em consideração quão pouco existe nas vidas rotineiras da maioria dos homens que possa conferir qualquer grandeza tanto a suas concepções, como a seus sentimentos [...] na maioria dos casos, o indivíduo não tem acesso a qualquer pessoa com cultura muito superior à sua. Dar-lhe algo a fazer de interesse público compensa, até certo ponto, todas essas lacunas. Se as circunstâncias permitirem que a carga de obrigações políticas a ele atribuída seja considerável, isso o tornará um homem educado. Apesar dos defeitos do sistema social e do código moral da Antiguidade, a prática da Dicasteria e da Eclésia [Assembléia] elevava o padrão intelectual do cidadão ateniense médio de uma forma bem mais eficiente do que qualquer exemplo conhecido no mundo moderno. [...] Ao exercer essas funções, ele é levado a ponderar sobre interesses que não são os seus; a ser guiado, em caso de reivindicações conflitantes, por outra regra que não seja a de suas tendências pessoais; a aplicar, a cada passo, princípios e máximas que tenham por princípio a existência o bem comum; e em geral encontra, associadas a ele, no mesmo trabalho, mentes mais familiarizadas do que a sua com essas idéias e ações, cujo estudo fornecerá razões para sua compreensão e estímulo ao seu sentimento pelo interesse comum.

A referida citação demonstra que os atenienses viam que a participação política, antes de ser um status de cidadania, era o alicerce aonde os valores que formam o indivíduo eram construídos. Indiferença em relação aos assuntos da *polis* significava negar todos esses valores. Tomar parte nas deliberações da Assembléia funcionava como agente natural catalisador da educação do ateniense.

Cumprir lembrar que a caracterização de determinado indivíduo como cidadão estava condicionado a alguns fatores. Como já afirmado anteriormente, mulheres, imigrantes e escravos não eram considerados cidadãos (os escravos nem seres humanos eram considerados, tendo caráter de propriedade). Houve ainda um tempo em que somente filhos de pais atenienses eram considerados cidadãos. Além disso, o indivíduo deveria ter tempo livre para participar da vida política.

Todavia, exigir que Atenas fosse um sistema perfeito seria insensatez. O que deve ficar registrado é que em Atenas havia um sentimento de dever do indivíduo para com a sua cidade. Não havia espaço para passividade política e quem assim se comportasse era visto como um pária.

Merece destaque o fato de que a sociedade grega é conhecida por preferir a fala, como afirma FINLEY (1977, p. 82):

Os gregos preferiam falar e ouvir; a sua própria arquitetura é a de um povo que gostava de falar; não apenas os grandiosos teatros ao ar livre e os recintos de reuniões, mas também as demais características de todas as estruturas gregas, a *stoá* ou coluna tapada. Por cada pessoa que lia uma tragédia, havia dezenas de milhares que as conheciam por

representação ou audição. O mesmo acontecia com a poesia lírica, composta habitualmente para execução pública (freqüentemente por coros) em ocasiões festivas, quer casamentos, festas religiosas ou para celebrar um triunfo militar ou uma vitória nos Jogos. O mesmo se verificava ainda, embora dentro de um certo limite, em relação à prosa. Heródoto, por exemplo, fez leituras públicas da sua História. Os filósofos ensinavam mediante o discurso e a discussão. Platão exprimiu abertamente a sua desconfiança em relação aos livros: não podiam ser inquiridos e, por conseguinte, as suas idéias estão fechadas à correção ou ao maior aperfeiçoamento e, além disso, enfraquecem a memória (Fedro 274-8). O seu mestre Sócrates conseguiu sua reputação apenas com uma longa vida de conversação, já que não escreveu uma só linha.

Em suas obras, Platão constrói seus argumentos através de diálogos, método hoje tido como não convencional.

Essa oralidade se reflete no sistema jurídico. O sistema judiciário grego não possuía promotores, advogados e juízes, devendo o indivíduo que se sentiu prejudicado tomar todas as providências procedimentais, sendo considerada por isso uma justiça de baixo custo. Destaque-se ainda que era uma justiça consideravelmente oral, tendo Aristóteles feito menção à eloqüência judiciária na obra *Retórica*.⁷

Todavia, os gregos perceberam a necessidade da escrita para limitar o poder das autoridades. Vejamos o que diz SOUZA (In: Wolkmer, 2008, p.81):

O que levou os gregos a utilizarem a nova tecnologia da escrita para escrever e publicar leis na forma de inscrições públicas tem sido alvo de controvérsias. A explicação até agora mais predominante tem sido a de que o povo grego, em determinado ponto da história (por volta do século VII a. C.), começou a exigir leis escritas para assegurar melhor justiça por parte dos juízes. Christopher Carey, em seu livro *Trials from classical Athens* (Julgamentos da Atenas Clássica), defende essa posição, provavelmente a mais antiga, de que “foi um desejo de colocar limites no exercício do poder por aqueles que detinham a autoridade”. O propósito seria o de remover o conteúdo das leis do controle de um grupo restrito de pessoas e colocá-lo em lugar aberto, acessível a todos. As palavras de Teseu nas *Suplicantes de Eurípedes* (produzida por volta de 420 a.C.) têm sido utilizadas como apoio a essa posição: “Quando as leis são escritas, o pobre e o rico têm justiça igual.”

O pensamento de Teseu impressiona na medida em que representa o atualmente venerado Princípio da Legalidade, exaltado na presente

⁷ Em nosso ordenamento jurídico, a oralidade é essencial nas causas decididas pelo Tribunal do Júri, órgão com atribuição constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inc. XXXVIII, CF), formado por cidadãos escolhidos na forma da lei. Ademais, a Lei 9.099/95, que no ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, tem como um de seus princípios a oralidade, buscando efetividade e redução dos custos dos processos.

Constituição Brasileira, art. 5º, inc. II, cuja redação afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A criação de leis escritas foi o meio encontrado pelos gregos para evitar que os magistrados criassem distinções quando da aplicação da lei, favorecendo determinado indivíduo.

Apesar do debate sobre se a lei escrita efetivamente limitou o poder político das autoridades gregas, a intenção de impor limites aos julgadores demonstra a preocupação dos gregos em evitar um Judiciário despótico, preocupação que será amplamente debatida por Beccaria no século XVIII.

Na Grécia Antiga não havia um órgão com atribuições unificadas para o exercício da função jurisdicional, mas podemos destacar alguns aparelhos judiciais.

Na justiça criminal, existia o Aerópago, que julgava casos de homicídios dolosos, incêndios e envenenamentos e o Tribunal dos Efetas, composto pelos Tribunais Especiais Pritaneu, Paládio, Delfínio e Freátis, que julgavam homicídios culposos e casos de legítima defesa. Em termos de justiça cível, tínhamos os Juízes dos Demos, que visitavam as pessoas e solucionavam os conflitos de baixo custo (até 10 dracmas). Existiam também os árbitros, que mediavam litígios familiares.

A Grécia nos deixou um legado de respeito, podendo o Direito Grego ser considerado avançado, como afirma SOUZA (In: Wolkmer, 2008, p.81):

Os gregos antigos não só tiveram um direito evoluído, como influenciaram o direito romano e alguns de nossos modernos conceitos e práticas jurídicas: o júri popular, a figura do advogado na forma embrionária do logógrafo, a diferenciação de homicídio voluntário, involuntário e legítima defesa, a mediação e arbitragem, a gradação das penas de acordo com a gravidade dos delitos e, finalmente, a retórica e a eloquência forense. Essa influência não foi resultado de um acaso, mas fruto de uma atividade, do envolvimento e da genialidade de um povo que, além de se haver destacado na filosofia, nas artes e na literatura, destacou-se também no direito. Na história de uma civilização, a diferença muitas vezes reside naquilo que as gerações seguintes, atuando como filtro, preservaram e transmitiram, ou deixaram de fazê-lo. Em sua tragédia *Édipo em Colono*, Sófocles sintetizou a visão do ateniense sobre o direito quando Teseu, rei de Atenas, profere suas famosas palavras a Creonte, rei de Tebas: “Entra num território submisso à justiça, e decide cada coisa de acordo com a lei”.

Ao se fazer uma análise dos institutos existentes na Grécia Antiga, tem-se a impressão de que a Grécia é um verdadeiro manancial da democracia,

ainda que limitada aos indivíduos do sexo masculino, aonde se buscava permitir o acesso livre da classe cidadã aos meios judiciais existentes.

Não é bem assim.

Sofistas como Trasímaco, Calícles e Crítias questionam o pensamento dominante de que o Direito se originava dos deuses, aduzindo que, na verdade, ele é produto das relações entre os indivíduos, sendo utilizado pelo poder dominante como um disfarce para camuflar a dominação imposta por leis arbitrárias fixadas pela classe dominante.

O suposto benefício trazido pela lei escrita escondia a necessidade de se oficializar privilégios e legitimar a opressão.

Necessário surgirem, então, argumentos que viessem a justificar a manutenção da hierarquia existente. Afirma AGUIAR (1987, p. 32):

Os sofistas talvez tenham representado um pensamento transformador demais para as condições históricas nas quais vicejou. Contra eles se levanta uma nova vaga de conservadorismo representada por Sócrates e pelos dois mais sólidos pensadores gregos: Platão e Aristóteles, que irão combater os sofistas, recolocando no pensar a crença no absoluto e no eterno que tinha sido abalada pelo realismo sofista.

Aguiar assevera que Platão tinha como objetivo criar uma visão de mundo que, de forma organizada, sistematizada, segura e hierarquizada, pudesse objetar os questionamentos contestadores dos sofistas, que representavam uma ameaça ao modelo de justiça então vigente (1987, p. 32-33):

Como já dissemos, os sofistas mais jovens estavam identificados com os grupos espoliados e tinham traduzido uma concepção contestatória e desestabilizadora da ordem aristocrática. O pensamento de Platão se articula também no sentido de construir uma cosmogonia que justificasse a sobrevivência da aristocracia. Assim, Platão encarou o Universo como ordenado, obediente a um plano, dividiu-o em duas dimensões: o mundo sensível, do qual nunca surgiria a verdade, porque relativo, contingente e mutável, e o mundo das idéias, fonte eterna imutável da segurança, da verdade e da harmonia do Universo, tão-somente captável pela razão e povoado de entes espirituais (as idéias), comandadas pela idéia do bem, que se tornava o norte do Cosmos, a causa e o fim do Universo. O mundo dos sentidos era a cópia imperfeita e relativa desse mundo das idéias e o Universo assim concebido estava teleologicamente estruturado pela idéia do bem.

A dualidade existente entre mundo sensível e mundo das idéias é transplantada para o plano humano, na medida em que este seria formado por corpo e alma, devendo o indivíduo aprimorar esta última, se livrando dos vícios

do mundo físico. Superando a dicotomia entre corpo e alma, o indivíduo compreenderia a concepção de justiça.

Contudo, para Platão, a citada tarefa somente poderia ser conquistada pelos filósofos, tendo em vista que as demais pessoas possuíam almas inclinadas aos valores do mundo físico e, portanto, alicerçadas em uma pseudo-realidade.

Dessa forma, a República de Platão somente poderia ser governada pelos sábios filósofos, já que estes seriam os únicos dotados de razão e sabedoria. Aos indivíduos com coragem, estariam reservados os cargos militares e, na última colocação da República, estariam os trabalhadores, cujas almas são prejudicadas pela força do desejo, o que somente poderia ser controlado através da temperança.

Platão deixa claro que somente os sábios podem governar, devendo os ignorantes seguir as orientações daqueles, sendo a justiça a busca pela verdade através da manutenção da ordem. Fazendo uma analogia com o corpo humano, assim como a cabeça controlaria o corpo, caberia aos filósofos o governo da sociedade. A virtude da plebe é a obediência.

As conseqüências do seu pensamento já são conhecidas: naturalização da desigualdade, com a aceitação da divisão da sociedade em classes e a existência da escravidão, como lembra AGUIAR (1987, p. 33):

Essa visão harmônica, dual e hierarquizada é detalhada por Platão na *República*, quando coloca a aristocracia intelectual, que estaria em contato com o mundo das idéias, como coordenadora dos estamentos mais baixos, isto é, soldados e os artífices, lavradores e comerciantes. Justa não é a sociedade que opera com igualdade absoluta, mas aquela que harmonicamente hierarquiza as diferenças, dando o poder de mando aos que são superiores por suas faculdades intelectuais, enquanto prescreve aos soldados, comerciantes, lavradores e artífices a tarefa de sustentar essa organização social com seu trabalho. Aqui não encontramos a *diké* no seu sentido originário de igualdade, mas um princípio que visa a ordenar a convivência entre os desiguais devidamente hierarquizados, marca de um pensamento fundamentalmente conservador e aristocrático.

Da mesma forma que Platão, Aristóteles tinha uma formação aristocrática, o que vai influenciar na elaboração da sua forma de pensar.

A idéia aristotélica de justiça está ligada à idéia de respeito às leis. Quem segue as leis é justo, como diz o próprio estagirita (1988, p. 65):

O homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo; evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos, porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detém o poder ou algo desse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem corajoso [...] quanto a de um homem morigerado [...] e os de um homem calmo...; e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenando outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas fazem menos bem.

Para Aristóteles, a justiça é definida como um hábito, adquirida na experiência do cotidiano, através da reiteração da máxima "dar a cada um o que lhe é devido".

A citada máxima é repetida até hoje nos cursos jurídicos, junto com outras duas, que assim formam os três axiomas jurídicos consagrados por Ulpiano: dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não ofender ninguém.

Pode parecer justo, mas quem decide o que é devido a cada indivíduo? Quais critérios serão utilizados para definir a distribuição da justiça? Aqui reside o problema da definição aristotélica, como lembra AGUIAR (1987, p. 49):

Essa definição de justiça aqui tratada desencadeia outras conseqüentes desse conceito ambíguo de igualdade. Assim poderíamos dizer que justo seria o ato que obedecesse à máxima: "A cada um de acordo com seu mérito." Outros diriam que justo seria um ato que seguisse o entendimento de justiça traduzido pela expressão: "A cada um segundo sua contribuição." Contra isso se insurgiam outros a defender o princípio da justiça entendido como: "A cada um segundo suas necessidades."; outros redargüiriam afirmando que seria mais justo dar a cada um segundo sua capacidade, o que levaria os fascistas a uma afirmação definitiva, dizendo que a igualdade deveria se fundar na condição social, expressando a justiça numa pérola como: "A cada um de acordo com sua condição social." Como estamos falando há um bom tempo, nenhuma dessas definições tem significação substantiva, nenhuma delas está imersa na concretude da história, nenhuma delas é explicitamente comprometida com alguém, o que em termos ideológicos vai significar um compromisso perante os "reis do dia", com os donos do poder.

Isto posto, a idéia de uma justiça distributiva ou proporcional também pode ser utilizada ao bel-prazer dos detentores do poder, não sendo em nada diferente, nesse sentido, as idéias de Aristóteles das de Platão.

O pensamento aristotélico servirá de base para o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que também analisa a justiça sob o prisma da virtude, como aduz AGUIAR (1987, p. 38):

Talvez pelo fato de o pensamento de Aristóteles ser “realista”, serviu melhor para a emergência de um saber operatório que, de forma eficaz, podia ordenar e dar sentido ao mundo, ao homem e as suas práticas sociais, ao mesmo tempo em que possibilitava a união do Deus cristão com a “causa não-causada” de Aristóteles. Esse mundo ordenado, hierarquizado em três ordens – a divina, a natural e a humana -, cristalizava uma concepção de um direito natural fundado na lei natural que era subordinada à lei divina. Assim, vemos surgir um pensamento de alta significação para o entendimento do problema da justiça, que, até hoje, permeia as doutrinas fundantes dos ordenamentos jurídicos vigentes. Nesse entendimento, para haver justiça, é preciso que haja alteridade, isto é, a necessidade de existir um outro, uma outra pessoa, já que a justiça é uma virtude que se situa na relação entre os seres humanos. É necessário também que haja um devido de um para com outro, um devido que seja justo, e, para sê-lo, ele necessita ser igual, isto é, que haja uma reciprocidade entre o direito de quem exige e a obrigação de quem é exigida certa conduta.

A abordagem aristotélico-tomista de justiça sob a ótica da igualdade permanece até hoje como argumento legitimador da idéia de uma justiça formal que objetiva manter um mundo em que harmonia é a regra, apesar deste estar repleto de conflitos sociais, como diz AGUIAR (1987, p. 47):

Se tomarmos a acepção tomista de justiça, novamente aparecem problemas que devem ser tratados, pois, na medida em que entendemos justiça como dar a outrem o que lhe é devido segundo uma igualdade, além dos problemas já citados, fica aqui uma vasta polêmica sobre a igualdade. Passamos, a partir do momento que encaramos a questão da igualdade sob um ângulo meramente formal, a fazer perguntas peculiares que, além de serem profundamente complexas, têm o especial condão de nada resolver, pois a aplicação normativa no real da sociedade está transcorrendo por via dos instrumentos ideológicos que o poder legiferante dispõe. Assim, perguntamos se tratar igualmente os desiguais é isonomia, e chegamos à conclusão que não é igualdade tratar igualmente os desiguais. [...] Daí, as desigualdades continuam a existir, as diferenças sociais se agudizam e essa idéia de justiça lá está para tentar recuar o processo histórico de transformações e oposições sociais. Mas é essa a concepção que lastreia nossa lei, o que significa dizer que é essa a função de nossa lei.

Constata-se assim que, longe de serem mananciais de democracia, as idéias de Platão e Aristóteles servirão como instrumento mantenedor da idéia de que a desigualdade é natural e que certos indivíduos nasceram simplesmente para serem subordinados.

O papel dos sofistas era desmascarar tal discurso, se contrapondo aos conceitos pré-estabelecidos que justificavam a dominação, chegando

Trasímaco a aduzir que “justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte”. Afirma AGUIAR (1987, p. 31):

Será com um dos sofistas, Hípias, que o sentido de *diké* sofrerá uma transformação, pois passa-se a entender que todos nascem iguais e as leis é que introduzem a desigualdade e a escravidão. Em contraposição a Platão e Aristóteles, os sofistas não aceitaram a escravidão, lutaram para aboli-la, combatendo também a distinção entre gregos e bárbaros, antecipando, já àquela época, uma visão internacionalista, além de, como Faléas, exigir a distribuição igualitária da propriedade ou ainda, como Licofronte, propor a abolição da nobreza. Fica claro que a visão desmascarante do direito e da justiça não estava a serviço da manutenção e do conformismo, mas como um pressuposto para a propositura de medidas transformadoras da vida social.

Em suma: na Grécia já se percebe a existência de uma ideologia construída pela elite pensante que tinha como meta utilizar o conceito de justiça como legitimador da desigualdade existente.

O embate entre os sofistas e o pensamento aristotélico e platônico demonstra que a discussão acerca do que é justo sempre acompanhou a humanidade. Além disso, a citada discussão acaba por revelar que nem sempre o que se propõe a ser justo o é na prática, conceito que será essencial quando da análise final dos dados.

1.2 Beccaria: A preocupação com a ditadura do Poder Judiciário.

Cesare Bonesana, mais conhecido como o Marquês de Beccaria, foi um jusfilósofo italiano, que, aos 26 anos, em 1764, publicou sua maior obra, *Dos delitos e das penas*.

Apesar da citada obra tê-lo consagrado no campo do direito penal e da criminologia, seu pensamento pode ser aplicado em vários ramos do conhecimento, tendo em vista a importância dos seus estudos.

Beccaria, indignado com o rumo que tomava o Poder Judiciário de seu tempo e com a forma como este conduzia os julgamentos, redige *Dos delitos e das penas* como uma verdadeira denúncia aos métodos da época que, dentre suas práticas, incluíam a tortura, o confisco de bens e falta de igualdade dos indivíduos perante a lei.

Seu pensamento é influenciado pelas idéias de Maquiavel e Montesquieu, com quem conviveu, dentre outros, como os enciclopedistas.

Beccaria acreditava que a Justiça Divina era imutável, ao contrário da humana, que variava conforme mudavam as condições sociais (2006, p.16):

... a Justiça humana, ou seja, a política, não sendo senão a relação entre a ação e o estado variável da sociedade, pode variar à medida que se torne necessária ou útil à sociedade tal ação, e só será bem discernida por quem analisar as relações complicadas e mutabilíssimas das combinações civis.

O pensador italiano era seguidor das idéias contratualistas de Locke e Rousseau, além de acreditar nas idéias utilitaristas de Claude Adrien Helvetius, crendo que as leis eram fruto de um acordo entre os indivíduos com o objetivo de garantir a felicidade do maior número possível de pessoas. Vejamos (2006, p. 19):

Regra geral, os homens abandonam os mais relevantes regulamentos à prudência diária ou à discricção daqueles cujo interesse é o de contestar as leis mais sábias, que, por natureza, tornam universais as vantagens e resistem ao esforço, que tendem a concentrar-se em poucos, separando, de um lado, o máximo de poder e de felicidade e, de outro, toda a fraqueza e a miséria. Por isso, só após haver passado entre si mil erros, nos aspectos mais essenciais da vida e da liberdade, e depois de um cansaço de sofrer os males até o extremo, dispõem-se eles a remediar as desordens que os oprimem e a reconhecer as mais palpáveis verdades, as quais, por sua própria simplicidade, escapam às mentes vulgares, não habituadas a analisar os objetos, mas a receber-lhes todas as impressões, de uma só vez, mais por tradição que por exame. Olhemos a história e veremos que as leis, que são, ou deveriam ser, pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram de fortuita e passageira necessidade, não já ditadas por frio analista da natureza humana, capaz de concentrar num só ponto as ações de muitos homens e de considerá-las de um só ponto de vista: a máxima felicidade dividida pelo maior número.

Fica claro que, para Beccaria, as leis tinham o objetivo de garantir a liberdade resultante do contrato social, mas as paixões humanas tendem a degenerar o pacto anteriormente firmado. Para o pensador, as primeiras leis e os primeiros magistrados surgiram da necessidade de acabar com os tumultos ocasionados pelos abusos de cada indivíduo.

Ademais, os impulsos humanos podem gerar agressões contra os direitos dos outros indivíduos, motivo pelo qual se faz necessária a instituição de uma pena, como fica claro na passagem a seguir (2006, p. 21):

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. Não

bastava, porém, formar esse repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contras os infratores das leis.

No citado trecho é clara a influência de Hobbes no pensamento de Beccaria, que via nas leis a missão de acabar com o estado de guerra que era naturalmente gerado pelos impulsos humanos, devendo o Estado punir os transgressores das leis.

Contudo, para Beccaria, o direito de punir do Estado era condicionado, não sendo totalmente livre, devendo haver, antes de tudo, uma necessidade que justificasse a punição aplicada. Sobre isso, afirma BECCARIA (2006, p. 22-23):

Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que soberano dá aos súditos. Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável de política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indelévels do homem. Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo. Homem algum entregou gratuitamente parte da própria liberdade, visando ao bem público, quimera esta que só existe nos romances. [...] Cada homem faz de si o centro de todas as combinações do globo. [...] Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo.

Para o pensador, justiça seria “os laços que reúnem de maneira estável os particulares”, “o ponto de vista a partir do qual os homens encaram as coisas morais para o bem-estar de cada um” (2006, p. 23). Caso estes laços se rompessem, a sociedade se desfaria.

Aliando o conceito de justiça com o conceito de lei, Beccaria aduz que somente as leis podem fixar as penas para cada infração. Ademais, as citadas leis deviam ser editadas por um órgão devidamente autorizado para tal, o Legislativo.

Encontramos em Beccaria, portanto, o Princípio da Legalidade que, como já dito neste trabalho, está devidamente positivado na atual Constituição

brasileira, no art. 5º, inc. II, sendo um direito fundamental do indivíduo. Assim como diz Beccaria, em nosso ordenamento, somente o Poder Legislativo⁸ pode editar normas de conteúdo penal, sendo vedado inclusive ao Poder Executivo expedir medida provisória sobre a matéria (art. 22, inc. I, c/c art. 62, § 1º, b da CF).

O Poder Judiciário, para Beccaria, não tinha o condão de aplicar penas além do estabelecido pelo Legislativo, ainda que sob o argumento de querer garantir o bem comum. No ordenamento brasileiro, os crimes têm pena mínima e máxima fixadas em lei pelo Poder Legislativo, podendo o Poder Judiciário, em condições bastante específicas (e construídas na jurisprudência⁹), aplicar uma pena aquém do mínimo ou além do máximo legal.

Beccaria visava com tal forma de pensar evitar abusos por parte do Poder Judiciário, que, ao ficar preso à letra da lei, não poderia interpretar a norma em desfavor ou à favor de alguém. Dessa forma, estaria garantida a isonomia, já que o magistrado teria atuação igual em todos os casos do mesmo tipo.

Ainda que o magistrado estivesse buscando cumprir sua função com afeição, BECCARIA condena a interpretação das leis por causa da volatilidade das paixões e sentimentos humanos (2006, p. 26):

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juizes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juizes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vigente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. [...] Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente das opiniões. Esta verdade, que parece paradoxal às mentes vulgares, mais abaladas por pequenas desordens presentes do que pelas funestas, mas remotas, conseqüências que nascem de um falso princípio radicado numa nação, parece-me demonstrada. Nossos conhecimentos e todas as nossas idéias têm uma recíproca conexão. Quanto mais são complicados, mais numerosas são estradas que a eles levam e deles partem. Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas

⁸ No Brasil, apenas o Poder Legislativo Federal pode legislar sobre Direito Penal, com a exceção do parágrafo único do art. 22 da Constituição.

⁹ “Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base, nos limites da escala penal editalícia - as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime.” Origem: STF - Supremo Tribunal Federal Classe: HC - HABEAS CORPUS Processo: 85673 UF: PA - PARÁ Fonte DJ 24-06-2005 Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE

diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem.

No Brasil, via de regra, os magistrados podem interpretar as normas e adaptá-las com razoabilidade aos casos concretos, podendo inclusive, o STF, se entender que uma norma fere a Constituição, retirá-la do ordenamento jurídico.

O papel do Poder Judiciário, entretanto, não era minimizado. BECCARIA ressalta que a função do Poder Judiciário é de terceiro imparcial garantidor do contrato social (2006, p. 24):

...se cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a todos os seus membros por um contrato que, por natureza, obriga as duas partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga igualmente o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens, nada mais é do que o interesse de todos, em observar pactos úteis à maioria. A violação, de um só pacto, gera a autorização da anarquia. O soberano, que representa a própria sociedade, só pode promulgar leis gerais que obriguem a todos os membros, mas não pode julgar se um deles violou o contrato social, pois, então, a nação se dividiria em duas partes, uma, representada pelo soberano, que apontaria a violação do contrato, outra, pelo acusado, que a negaria. É, pois, necessário que um terceiro julgue a verdade do fato. Daí, a necessidade do magistrado, cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam, tão só, em afirmações ou negações de fatos particulares.

Na passagem anterior, Beccaria deixa claro que o poder de julgar não pode se cumular com o poder de legislar, sob pena de comprometer a seriedade e credibilidade do órgão julgador. A idéia do Judiciário como ente independente e com capacidade de proferir decisões coercitivas é a que prevalece hoje e será defendida com destaque pelos Federalistas Norte-Americanos.

No Brasil existe separação entre as funções de legislar, julgar e administrar, mas a própria Constituição autoriza, em casos específicos e taxativos, que um Poder exerça atribuições atípicas da sua função original.¹⁰

Beccaria salienta que deve haver uma proximidade entre a lei e o povo, já que este deve ter a possibilidade de entender a lei e compreendê-la, sob

¹⁰ Apenas como exemplo, o Senado da República (Poder Legislativo), após autorização da Câmara dos Deputados (Poder Legislativo), é quem julga (exerce função jurisdicional) o Presidente da República (Chefe do Executivo Federal) em crimes de responsabilidade (art. 51, inc. I c/c art. 52, I da Constituição Federal).

pena de seu destino ficar ao capricho de uma elite conhecedora da legislação (2006, p. 29)

Se a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade, que a interpretação necessariamente acarreta, é também um mal, e este mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha na dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito de sua liberdade, ou de seus membros, em língua que transformasse um livro, solene e público, em outro como que privado da casa.

Vale destacar que na época de Beccaria, latim era a língua utilizada pelas classes mais abastadas, inclusive entre os magistrados e na legislação, o que prejudicava enormemente o entendimento das normas e dos atos dos juízes.

A lição de Beccaria é atual. O Direito brasileiro é praticado em língua nacional (português), mas faz uso pontual de algumas expressões em latim. Apesar disso, é notório que a compreensão total das normas fica restrita a um grupo determinado de indivíduos que atuam na área: advogados, juízes, promotores, dentre outros.

Cumprir frisar que, como o nosso sistema permite a interpretação das normas pelos magistrados, muitas vezes um simples entendimento da norma escrita não é suficiente, já que determinada palavra pode ter recebido um sentido específico pela jurisprudência. Não há dúvida de que isso colabora para a construção de uma elite jurídica.

Beccaria reforça o fato de que as paixões e sentimentos humanos exercem influência na forma como as leis são feitas pelos legisladores e no trato que estas (leis) têm pelos magistrados. A legislação não raramente se vale de conceitos jurídicos abstratos, cuja compreensão e interpretação mudam ao longo de tempo, variando junto a percepção que o ser humano tem acerca dos mencionados conceitos (2006, p. 32):

Quem ler sob o ângulo filosófico os códigos das nações e os respectivos anais, observará, quase sempre, as palavras *vício* e *virtude*, *bom cidadão* ou *réu*, que se alteram com as revoluções dos séculos, não em razão das mutações ocorridas nas circunstâncias das nações, e, por isso, sempre de acordo com o interesse geral, mas em razão das paixões e dos erros que agitaram sucessivamente os diversos legisladores. Verá freqüentemente que as paixões de um dado século são a base da moral dos séculos seguintes. As paixões desenfreadas, filhas do fanatismo e do entusiasmo, enfraquecidas e corroídas, diria eu, pelo tempo, que reduz ao equilíbrio todos os fenômenos físicos e morais, tornam-se pouco a pouco a prudência do século e útil instrumento nas mãos dos fortes e perspicazes. Desse

modo, nasceram as obscuras noções de honra e de virtude, e isso ocorre, porque mudam com as revoluções do tempo, que antepõem os nomes às coisas, mudam como o curso dos rios e como as montanhas, que marcam freqüentemente os limites não só da geografia física, como também da geografia moral.

Receoso dos efeitos que a volatilidade dos atributos humanos poderia exercer sobre a interpretação das normas, BECCARIA destaca a importância do Princípio da Legalidade (2006, p. 29):

...sem escrita, a sociedade jamais teria forma fixa de governo, onde a força fosse consequência do todo e não das partes e onde leis alteráveis, apenas pelo consenso geral, não se corrompam, passando pela grande quantidade dos interesses privados. A experiência e a razão demonstraram-nos que a probabilidade e a certeza das tradições humanas diminuem à medida que estas se distanciam da fonte. Se não houver monumento estável do pacto social, como resistirão as leis à força inevitável do tempo e das paixões? [...] A opinião que cada cidadão deve ter de poder fazer tudo o que não é contrário à lei, sem temer outro inconveniente, além do que pode resultar da própria ação – eis o dogma político em que os povos deveriam acreditar e que os supremos magistrados deveriam apregoar com a incorruptível proteção das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima, certa recompensa pelo sacrifício, por parte dos homens, daquela ação universal sobre todas as coisas, que é comum a cada ser sensível e limitada apenas pela própria força. Eis o que torna as almas livres e vigorosas e as mentes esclarecidas, que faz os homens virtuosos, mas virtude que sabe resistir ao temor, e não da prudência submissa, digna apenas de quem pode tolerar precária e incerta existência. Atentados contra a segurança e a liberdade dos cidadãos constituem, pois, um dos maiores crimes, e nessa classe, incluem-se não apenas os assassinatos e os furtos dos plebeus, mas também os dos grandes e dos magistrados, cuja influência age a maior distância e com maior vigor, destruindo, nos súditos, as idéias de justiça e de dever, substituindo-as pela do direito do mais forte, perigoso não só para quem o exerce como também para quem o suporta.

Na passagem acima transcrita, Beccaria demonstra estar preocupado com os efeitos que os crimes praticados pelos membros do Poder Judiciário podem exercer sobre a população.

O magistrado tem a função de garantir o cumprimento das leis e nada mais absurdo e paradoxal do que ver um juiz violando o que tem como função defender. Infelizmente, de vez em quando tomamos conhecimento de algum membro do Poder Judiciário envolvido em condutas ilícitas e não há como negar, como previu Beccaria, que tais escândalos contribuem para o enfraquecimento da credulidade dos indivíduos nos órgãos estatais e na possibilidade de ser efetivada a justiça.

Beccaria entende que leis bem feitas e fechadas, que não possibilitem interpretações duvidosas e tendenciosas, são o primeiro passo para uma sociedade com segurança social e jurídica.

O papel do Poder Judiciário é assegurar o respeito às leis, mas com medo de uma ditadura por parte do órgão judicial, Beccaria não aceita que os magistrados tenham liberdade para apreciar as normas. Para se ter uma idéia do que as leis representam para BECCARIA, este afirma (2006, p. 40): “Teme somente as leis e não os homens.”

Constata-se que o que realmente preocupa Beccaria é que o Poder Judiciário, através de casuísmos interpretativos, dite a sorte das pessoas. Daí a necessidade de leis escritas e bem redigidas. Nítido está a inquietação de BECCARIA em evitar uma ditadura do Judiciário, o que fica claro na seguinte passagem (2006, p. 114):

Se o soberano, com aparato e pompa, com a austeridade dos editos, com a proibição das querelas justas e injustas de quem se crê oprimido, acostumar os súditos a temerem mais os magistrados do que as leis, estes últimos se aproveitarão mais desse temor do que a segurança própria e pública lucrará.

A mensagem de Beccaria é profética. As autoridades públicas têm suas atribuições definidas na CF e nas leis do país, podendo cada uma somente agir dentro dos limites das citadas atribuições. Desse modo, o Presidente da República ou um Ministro do STF, não podem, por exemplo, realizar uma multa de trânsito, tendo em vista que tal ato não faz parte das suas competências constitucionais e legais. Se uma autoridade age fora do permitido, o ato é eivado pelo vício da incompetência, tornando-se nulo.

Os cargos públicos não são licenças para o cometimento de abusos nem podem ser utilizados para concessões de privilégios e favorecimentos que os demais indivíduos não possuem.

Não se deve aqui confundir as prerrogativas que a CF concede a determinados cargos em razão de sua “importância”, com privilégios e abuso de poder. As prerrogativas, teoricamente, são mecanismos cujo objetivo é garantir que as citadas autoridades possam exercer seu múnus com a devida liberdade. Podemos citar como exemplo a imunidade material dos parlamentares, que são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53 da CF).

Com o Poder Judiciário não é diferente. Os membros do Poder Judiciário possuem garantias constitucionais¹¹ e os poderes e atribuições dos magistrados são limitados pela Carta Magna e pelas leis. As normas sobre competência e as leis de organização judiciária delimitam o que cada membro do Poder Judiciário pode julgar e, dependendo do caso, os atos de um magistrado podem ser anulados caso este extrapole os citados limites.¹²

Tratando do sistema de freios e contrapesos que existe no Brasil, ao analisarmos a CF, se constata que as decisões do STF são definitivas, não havendo como o Poder Legislativo ou o Executivo contrariarem o mérito das decisões judiciais, por mais injustas que estas sejam. Cabe ao próprio Poder Judiciário, mediante suas instâncias, zelar pela justiça das decisões.

E quem julga a atuação administrativa e funcional dos juízes? Na nossa história constitucional o tema já foi por algumas vezes debatido.

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 120, cuidava do Conselho Nacional da Magistratura, cuja função era

conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

A CF de 1988 extinguiu o Conselho Nacional da Magistratura e deu plena autonomia aos tribunais, a quem coube a responsabilidade do processo e julgamento de seus respectivos magistrados em casos de infrações disciplinares. Obviamente que o magistrado punido pode, caso discorde da

¹¹ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

¹² Entretanto, é sabido que a imagem que se tem dos magistrados é a de pessoas que pelo simples fato serem juízes, estes gozam de certos “favores”, como por exemplo, melhor tratamento nos setores privado e público. Ademais, a esmagadora maioria da população desconhece o que realmente pode e não pode fazer um magistrado, tendo em vista que o conhecimento acerca das competências do Poder Judiciário é assunto que requer um considerável estudo de diversas normas constitucionais e legais. Em decorrência desse fato, os magistrados são representados por diversos indivíduos como alguém que praticamente não possui limites. Como exemplo, podemos citar que certa vez um usuário do NAJ/UFRN estava receoso de ir a uma audiência com medo do magistrado, achando que este podia mandar prendê-lo sem motivo.

punição sofrida, procurar a via judicial, tendo em vista a natureza administrativa da punição disciplinar feita pelos tribunais.

A existência de um órgão que exerça o controle externo do Poder Judiciário é matéria polêmica e bastante discutida pelos estudiosos do tema.

Contra o controle externo argumenta-se que sistema de freios e contrapesos existente na CF já é suficiente para assegurar o controle do Poder Judiciário, que, segundo o art. 71 da Carta Magna, sofre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Ademais, o controle também ocorre quando da escolha e investidura dos membros que ocupam os cargos da cúpula do Poder Judiciário, em que os demais Poderes da República atuam de forma efetiva. Apenas como exemplo, podemos citar a escolha dos Ministros do STF, que são nomeados pelo Presidente da República (chefe do Poder Executivo Federal), após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (que junto com a Câmara dos Deputados, forma o Congresso Nacional, órgão máximo do Poder Legislativo Federal). É o Senado ainda quem processa e julga os ministros do STF por crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF). Por crimes comuns os ministros do STF são julgados no próprio Supremo (art. 102, I, b, CF).

O próprio STF, com base nesses argumentos, editou a súmula 649 que diz que “é inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgão de controle administrativo do poder judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades.”

Com a súmula, o STF deixa claro que, para ele, a CF não autoriza que sejam criados órgãos estranhos à estrutura do Poder Judiciário com o objetivo de fiscalizá-lo.

Todavia, após debates e discussões acerca do tema, a “reforma do Judiciário” (EC 45/04), dentre diversas medidas, criou o Conselho Nacional de Justiça, formado por quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, que serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 103-B da CF).

Importantíssimo destacar que o CNJ é órgão integrante do Poder Judiciário, como se depreende da leitura do art. 92 da Carta Magna. Seus quinze membros estão assim distribuídos: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Apesar de fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, percebe-se que o CNJ tem na sua composição membros do Ministério Público, da OAB e da sociedade (estes indicados pelo Poder Legislativo).

Quem preside o CNJ é o Ministro do STF integrante do Conselho, “que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal” (art. 103-B, § 1º, CF).

As atribuições do CNJ estão previstas no art. 103-B, § 4º da CF, que diz:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências

necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

O parágrafo acima mencionado não esgota as atribuições do CNJ, sendo apenas exemplificativo, já que o próprio parágrafo autoriza que outras atribuições sejam adicionadas pelo Estatuto da Magistratura.

Visando efetivar e ampliar a atuação do CNJ perante a sociedade, o § 7º do art. 130-B da CF, determina que a União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, crie ouvidorias de justiça, com competência para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao CNJ.

Alguns pontos sobre o Conselho Nacional de Justiça são fundamentais e merecem destaque.

Em primeiro lugar, o CNJ não exerce função jurisdicional, não podendo modificar as decisões judiciais dos magistrados. Sua atuação se dá na parte administrativa e financeira do Poder Judiciário, como, por exemplo, punindo magistrados que não cumpram seus deveres funcionais.

Devemos mencionar também que o CNJ não é a instância maior do Poder Judiciário em termos de controle da magistratura, tendo em vista que como suas decisões têm natureza administrativa, estas são passíveis de recurso ao STF, como aduz a Carta Magna no art. 102, I, *r*.

Talvez o ponto mais importante seja o fato de que o CNJ não exerce o controle externo do Poder Judiciário, na medida em que o integra, como assevera o art. 92, I-A, da CF.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367/DF, o STF analisou a constitucionalidade do CNJ. A referida ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados, que alegava, dentre outras coisas, que o CNJ, por ser formado por membros de origem alheia ao Poder Judiciário, ofenderia o princípio da separação e da independência dos poderes (art. 2º, CF) e também o pacto federativo (arts. 18, 25 e 125, CF), na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União. O STF rejeitou o argumento de que o CNJ afronta o Princípio da Separação dos Poderes, alegando que

O CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. Salientou-se, ademais, que a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional. Levando em conta as atribuições conferidas ao Conselho - controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar de seus membros - assentou-se que a primeira não atinge o autogoverno do Judiciário, visto que, da totalidade das competências privativas dos tribunais (CF, art. 96), nenhuma lhes foi usurpada, e que a segunda não acarreta imparcialidade jurisdicional, eis que representa expressiva conquista do Estado democrático de direito a consciência de que os mecanismos de responsabilização dos juízes, por inobservância das obrigações funcionais, são imprescindíveis à boa prestação jurisdicional, sendo de reconhecer, como imperativo do regime republicano e da inteireza e serventia da função, a necessidade de convívio permanente entre a independência jurisdicional e instrumentos de responsabilização dos juízes que não sejam apenas formais, mas que cumpram, com efetividade, o papel que se lhes predica. Acrescentou-se que a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas.

Sob a alegação de que o Conselho Nacional de Justiça feriria o pacto federativo, o Supremo Tribunal Federal disse:

Em relação ao Poder Judiciário, se expressa de forma normativa diversa da que atua sobre os demais Poderes, pois a Jurisdição,

enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, é una e indivisível, sendo doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, consistindo a divisão da estrutura judiciária brasileira, sob equívoca denominação, em "Justiças", como resultado tão-só da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. Considerou-se que o CNJ reúne as características palpáveis de órgão federal, enquanto representativo do Estado unitário, formado pela associação das unidades federadas. Não é órgão da União, mas sim do Poder Judiciário nacional, não havendo que se falar, assim, em supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar dos órgãos judiciários estaduais por órgão da União. Assentou-se, ainda, que a composição do Conselho reverencia e contempla as duas esferas federativas dotadas de "Justiças", a União e os Estados-membros, os quais contam com representantes das respectivas magistraturas (CF, art. 103-B, I a IX). Concluiu-se que o Conselho não anula, mas reafirma o princípio federativo.

A citada ação teve todos os seus pedidos julgados improcedentes, sendo o CNJ declarado constitucional pelo STF.¹³

O julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade demonstra que a “reforma do Judiciário” não trouxe um efetivo controle externo do Poder Judiciário, já que nove dos seus quinze membros pertencem ao Poder Judiciário. Ademais, as decisões do CNJ podem ser modificadas judicialmente pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Dessa forma, o controle continua nas mãos do próprio Poder Judiciário. O posicionamento do STF é claro¹⁴:

Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário — além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária — reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-Pb, Gallotti, 21-11-96): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado 'controle externo', com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado.

Isto posto, surge a indagação: no Brasil existe realmente controle do Poder Judiciário? Para nós, não.

Para COMPARATO (2004, p. 156), não faz sentido o Poder Judiciário argumentar que a existência de um órgão de controle afronta a autonomia constitucional do Poder Judiciário, pelos seguintes motivos:

Se se exige, com razão, total independência do Judiciário no julgamento dos demais Poderes Públicos à luz dos mandamentos constitucionais e legais, não se compreende por que o corpo de magistrados não deva se submeter, por igual, a um controle externo do seu comportamento por outros órgãos, para efeito de apuração de suas responsabilidades, tanto no nível penal, quanto no civil e no disciplinar.

¹³ O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=363371&codigoClasse=504&numero=3367&siglaRecurso=&classe=ADI>. Acesso em 07/01/2009, 13:23 hrs.

¹⁴ ADI 98.

É falacioso objetar que a fiscalização *ab extra* da ação dos magistrados importaria na perda de sua independência de julgamento e do seu poder disciplinar interno. Em primeiro lugar, porque esse exame não implica, em hipótese alguma, uma revisão das decisões processuais ou de mérito, dadas por juízes e tribunais. Ele tem por objeto, de um lado, o modo como os magistrados se desempenham no exercício dessa sua função privativa e, de outro lado, a sua conduta pessoal fora dessa atuação funcional. Em segundo lugar, porque o controle externo não pode jamais abranger a competência de julgamento, assim como a censura judicial dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo não significa a assunção pelo Judiciário das funções privativas desses ramos do Estado. Em terceiro lugar, porque um mecanismo de exame externo do funcionamento do Judiciário não acarreta a abolição do poder disciplinar interno dos órgãos judiciais, mas na verdade o complementa.

Imperioso destacar que a existência de um órgão com representação popular teria legitimidade constitucional para fiscalizar o Poder Judiciário, na medida em que a própria CF aduz, no parágrafo único do art. 1º, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Nesse sentido, continua COMPARATO (2004 p. 157):

Sem dúvida, o mais adequado, numa democracia, é ter a fiscalização não judicial dos Poderes do Estado exercida por um órgão de representação popular. Entre nós, porém, nenhum dos órgãos legislativos existentes apresenta condições aceitáveis para desempenhar essa função. O Senado Federal não representa o povo brasileiro, mas sim os Estados federados e o Distrito Federal. E quanto à Câmara dos Deputados e às Assembléias Legislativas, elas mal dão conta das funções que lhes foram atribuídas pela Constituição, e não suportariam, como é evidente, assumir mais outra, de tão grande complexidade. O ideal seria instituir um outro órgão de representação popular, tanto no nível federal, quanto no estadual, com a competência exclusiva de exercer todas as funções de fiscalização e inquérito atualmente atribuídas aos órgãos legislativos, além da supervisão permanente do funcionamento do Poder Judiciário. A segunda melhor solução seria instituir, na União, em cada Estado e no Distrito Federal, um órgão de controle, composto de agentes das funções essenciais da Justiça, a saber, o Ministério Público e a advocacia (nesta incluídas a advocacia e a defensoria públicas). Esse órgão teria a incumbência de verificar o cumprimento, por todos os magistrados, inclusive os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos deveres funcionais declarados em lei (atualmente, arts. 35 e seguintes da Lei Orgânica da Magistratura), e de encaminhar as conclusões de seus inquéritos às autoridades competentes para a aplicação das sanções legais.

O CNJ cumpre parcialmente o que preceitua Comparato, ao mesclar membros do Poder Judiciário com integrantes do Ministério Público, OAB e sociedade civil.

Todavia, a EC 45/04 concedeu apenas dois lugares à população no CNJ e, além disso, como já mencionado, nove dos quinze membros do CNJ

pertencem ao Poder Judiciário, o que torna impossível dizer que há atuação popular ativa no que concerne ao controle do Poder Judiciário.

Ademais, ao impedir o controle dos atos da magistratura pela população, a EC/04 mantém o patrimonialismo que permeia os serviços “públicos” essenciais, como aduz COMPARATO (2004, p. 156):

A essência do regime republicano, como a etimologia indica, é o fato de que o poder político não pertence, como um ativo patrimonial, aos governantes ou agentes estatais, mas é um bem comum do povo. *Res publica, res populi*, dizia-se em Roma. É só neste preciso sentido que se pode falar em poder público. Ora, o corolário lógico desse princípio fundamental é a necessária correlação existente entre poder e responsabilidade. Quanto maior o poder, maior a responsabilidade, entendida esta como o dever que incumbe ao detentor do poder, em nome de outrem, de responder pela forma como o exerce. A responsabilidade desdobra-se, na verdade, em duas relações: a correspondente ao dever de prestar contas (que na língua inglesa denomina-se *accountability*) e a relação de sujeição às sanções cominadas em lei pelo mau exercício do poder (*liability*). Numa república democrática, os controles institucionais de abuso de poder pelos órgãos do Estado são de duas espécies: o horizontal, ligado ao mecanismo da separação de Poderes, e o vertical, fundado na soberania popular. Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular. Se assim é, se o próprio povo soberano tem a sua ação limitada nos termos da Constituição, com maioria de razão deve a atuação do Judiciário ser submetida a uma fiscalização permanente de sua regularidade. Ora, é forçoso reconhecer que os controles institucionais da ação do Judiciário, em nossa sociedade, são muito frouxos e mesmo, em certos setores, praticamente inexistentes.

Poder-se-ia argumentar que a população exerce fiscalização do Poder Judiciário, na medida em que a EC 45/04, ao introduzir o CNJ, previu, no § 7º do art. 103-B que

A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Ora, como já frisamos: o CNJ integra o Poder Judiciário (art. 92, CF); nove dos quinze membros do CNJ são integrantes do Poder Judiciário (art. 103-B, CF); as decisões do CNJ estão sujeitas à controle do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário (art. 102, I, r, CF).

Isto posto, qualquer representação ou reclamação contra algum magistrado ou tribunal terá que passar necessariamente pelo filtro

corporativista do Poder Judiciário, o que elimina a afirmação de que o § 7º do art. 103-B traz uma espécie de fiscalização popular sobre a prestação jurisdicional.

O verdadeiro controle de um Poder somente é feito por outro Poder da mesma hierarquia, como bem assevera PASSOS¹⁵:

Não há poder como mero enunciado, proposição, simples dizer sobre algo. O poder só existe enquanto efetivo operar sobre algo. Oportuno, aqui, recordar FORSTHOFF, ao lembrar-nos que "o Estado, qualquer que seja a definição que dele se dê e qualquer que seja a forma pela qual se apresente, é, sempre, uma organização de poder. O Estado se fundamenta, sempre, na obediência... Podemos colocar limites ao Estado, enquanto Estado de Direito; mas, dentro desses limites, permanece poder de dominação e só se submete ao princípio democrático no modo de sua constituição e de seu exercício. O poder do Estado enquanto tal e em todas as constituições é sempre o mesmo". Segunda ponderação. Só o poder controla ou limita o poder. Diante do poder, só a aceitação ou a reação, o contra-poder, que ou elimina o outro ou o limita. Conseqüentemente, princípios, normas, proclamações e propósitos não limitam o poder, não o controlam, não o civilizam.

A participação de apenas dois membros da sociedade no CNJ é apenas uma participação formal, pois como lembra AGUIAR (1987, p. 75):

Nós brasileiros já estamos fartos de saber o quanto uma participação formal e casuística no poder nada significa a não ser a legitimação das minorias dominantes. Participação no poder significa tomada de decisões, possibilidade de escolha, possibilidade de cobrança e controle. Isto é uma democracia real.

Instituições como o CNJ e a ação popular prevista na CF/88 (art. 5º, LXIII¹⁶) aparentemente são democráticas, mas no fim concentram nas mãos do próprio Poder Judiciário a última palavra acerca dos fatos questionados.

Dessa forma, o CNJ é uma farsa, um pseudo-organismo de controle do Poder Judiciário, cuja tendência é se tornar verdadeiro mantenedor da ordem estabelecida e garantidor dos abusos cometidos pela função jurisdicional do Estado.

Assim, as lições de Beccaria e suas preocupações sobre a falta de controle dos órgãos judiciais continuam atuais.

¹⁵ Cidadania Tutelada. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-CALMON%20PASSOS.pdf>. Acesso em 20/07/2008, 16:57 hrs.

¹⁶ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

1.3 De Montesquieu aos Federalistas: uma abordagem crítica da construção da autonomia do Poder Judiciário.

Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, mais conhecido como Montesquieu, redigiu uma obra preocupada em estudar o funcionamento e estabilidade dos governos. Para tanto, vai pesquisar o conceito e a função da lei dentro da coletividade e a tipologia, princípios e natureza dos governos.

No início de sua obra *Do Espírito das Leis*, Montesquieu afirma (2000, p. 37):

As Leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade possui suas leis; o mundo material possui suas leis; as inteligências superiores ao homem possuem suas leis; os animais possuem suas leis; o homem possui suas leis.

Para Montesquieu, o mundo inteligente não é tão organizado e governado quanto o mundo físico, que possui leis que controlam os movimentos a partir das relações entre massa e movimento.

Entretanto, o citado pensador acreditava na existência de simetria entre as alterações nas formas de organização humanas e nos objetos materiais do plano físico. Percebe-se aqui uma clara conexão com a física de Newton e uma quebra com a idéia reinante de uma política deificada. Sobre o citado pensamento de Montesquieu afirma ALBUQUERQUE (In: Weffort, 2005, p. 115):

Tal como é possível estabelecer as leis que regem os corpos físicos a partir das relações entre massa e movimento, também as leis que regem os costumes e as instituições são relações que derivam da natureza das coisas. Mas aqui se trata de massa e movimento de outra ordem, a massa e o movimento próprios da política, que poderiam corresponder, se precisássemos levar adiante a metáfora, a quem *exerce o poder e como ele é exercido*.

Com essa forma de pensar, Montesquieu coloca a política em um campo afastado da teologia, inserindo-a no terreno da ciência, com uma concepção de que o sistema político e suas instituições são dirigidos por leis que têm sua origem no próprio desenrolar das relações políticas.

Montesquieu aduz que quando os homens se reúnem em sociedade esquecem suas fraquezas, desaparecendo a igualdade entre os indivíduos e

tendo início um estado de guerra. Esse estado de guerra estimula a criação de leis. Diz MONTESQUIEU (2000, p. 40-41):

Cada sociedade particular passa a sentir a sua força; isso gera um estado de guerra de nação para nação. Os indivíduos, em cada sociedade, começam a sentir sua força: procuram reverter em seu favor as principais vantagens da sociedade; isso cria, entre eles, um estado de guerra. Essas duas espécies de estado de guerra acarretam o estabelecimento de leis entre os homens. Considerados habitantes de um planeta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis nas relações que esses povos mantêm entre si; é o Direito das Gentes. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, possuem leis nas relações entre os que governam e os que são governados; e é o Direito Político. Possuem-nas ainda nas relações que todos os cidadãos mantêm entre si: é o Direito Civil.

Para Montesquieu a lei, em seu sentido geral, é a razão humana, tendo em vista que rege todos os habitantes do planeta. Isto posto, as leis civis e políticas deveriam ser empregadas apenas aos casos particulares em que a razão humana fosse aplicada. Em *Do Espírito das Leis* Montesquieu busca analisar as relações entre as variáveis que constroem e desconstroem as leis humanas.

Montesquieu acreditava que a liberdade estava consubstanciada no direito de cada indivíduo somente poder fazer o que fosse permitido por lei, já que, se cada um pudesse agir conforme seu próprio discernimento, sem respeitar os preceitos legais, a liberdade estaria comprometida, pelo inevitável caos que tal fato geraria. Aduz MONTESQUIEU (2000, p. 200-202):

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder. [...] A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Essa idéia de que a lei tem a função de controlar os atos humanos vai ser elevado a um patamar maior, tendo em vista que para Montesquieu a liberdade política somente poderia ser exercida de forma plena em um governo que tivesse o poder moderado, mediante sua fragmentação.

Impreterível sublinhar que Aristóteles foi pioneiro no assunto da divisão dos poderes, contudo a pensou de uma forma diferente. Na sua obra *A Política*

o filósofo grego afirma que a melhor maneira de ordenar a *polis* era mediante a divisão de funções ou tarefas. Existia a função deliberativa, em que uma assembléia deliberava sobre a manutenção da paz ou proclamação da guerra, além de elaborar leis; a segunda função tratava das magistraturas governantes e a terceira função era a jurisdicional, formada por juízes sorteados ou escolhidos pela população.

Locke também tratou do tema na sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, quando dividiu o poder nas esferas Legislativa, Executiva e Federativa. Todavia, em Locke, existe o predomínio do Legislativo, não havendo como falar em equilíbrio dos poderes. Ademais, Locke não admitia a autonomia do Poder Judiciário, cabendo ao Poder Legislativo exercer a função judicante.

Montesquieu diferenciava três Poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Tendo em vista que a história comprovara que todo homem, quando tem poder em suas mãos, não raramente é inclinado ao abuso, Montesquieu desenvolve um sistema aonde um poder vai frear o outro, como forma de evitar excessos e arbitrariedades.

Na verdade, Montesquieu estava mais preocupado no equilíbrio dos poderes do que na sua divisão, tendo em vista que o regime que estudou era o britânico, aonde havia uma interpenetração entre as três funções estatais – legislativa, executiva e judiciária-, esta última tão presa ao determinado pelo legislativo que para MONTESQUIEU (2000, p. 208) seria apenas a “*bouche de la loi*” (a boca da lei).

Essa forma de pensar se devia aos abusos cometidos pelo Poder Judiciário da época. Mantendo os magistrados presos ao que estava escrito, eram evitadas interpretações obscuras da lei, quer fossem para prejudicar ou para beneficiar alguém. Beccaria recuperará tal argumentação em *Dos delitos e das penas*, como vimos.

Para Montesquieu era necessária a existência de um poder que fosse capaz de moderar o outro, conferindo estabilidade e segurança ao regime governamental.

Montesquieu identifica as funções estatais (ou poderes) e sustenta que essas funções sejam exercidas por diferentes membros para que ocorra um

aumento da eficiência do Estado, na medida em que teria órgãos especializados em cada função.

Devemos lembrar que à época em que Montesquieu elabora seu pensamento, em vários locais (como a França) ocorre a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, florescendo idéias que tinham como fundamento a limitação do poder estatal. Ao propor um sistema em que o poder estatal se divide em órgãos com funções específicas e com titulares diferentes, Montesquieu adota este pensamento liberal.

A crítica mais contundente ao pensamento de Montesquieu é que este seria mais uma teoria de separação de classes do que de poderes, já que Montesquieu afirmava que dentre as três classes representadas no parlamento inglês (monarquia, nobreza e burguesia), o povo poderia até ter discernimento político para escolher seus representantes, mas era incapaz de exercer o poder diretamente.

Ademais, considerar o Poder Judiciário mero instrumento do Legislativo não permitia que os magistrados interpretassem as leis e abria espaços para a tirania do Poder Legislativo.

Contudo, justamente por isso, suas idéias vão servir de base para teóricos norte-americanos, que acabarão, posteriormente, desenvolvendo a Teoria dos Freios e Contrapesos (“Checks and Balances”), colocando o Poder Judiciário no mesmo patamar político do Legislativo e Executivo.

John Jay, James Madison e Alexander Hamilton, no ano de 1787, escreveram 85 artigos como resposta aos oponentes da nova Constituição Americana, resultando na obra *Federalist Papers* (traduzida como “O Federalista”).

O *Federalista* inicialmente foi publicado sob o pseudônimo “Publius”, em homenagem ao cônsul romano Publius Valerius Publicola, defensor da República Romana.

Imperioso mencionar que Jay, Madison e Hamilton não eram unânimes nas suas afirmações, havendo pontos de divergência entre eles, inclusive discordando de trechos específicos da Constituição que surgia. Todavia, todos

acordavam que a nova Constituição era responsável por um imenso avanço no sistema político então vigente.

A autoria dos artigos é motivo de controvérsia: Hamilton alegou ter escrito 63 artigos, dos quais Madison declarou ter redigido 29. A contenda acerca da real autoria dos artigos dura até hoje, mas, no fim das contas, a obra foi certamente escrita pelos três e seu conteúdo, assim como a polêmica a respeito da autoria, também é atual.

Cumprir destacar que Hamilton e Madison atuaram na liderança de várias atividades organizadas que resultaram na Convenção Federal da Filadélfia, realizada no período de 25 de maio a 17 de setembro de 1787, que culminou na aprovação e publicação da Constituição dos Estados Unidos da América. Ambos, assim como Jay, são considerados “founding fathers” (pais fundadores) dos Estados Unidos da América.

É de notar ainda que, após o surgimento da Constituição Americana de 1787, os três autores tiveram papéis relevantes no cenário político: Hamilton alcançou o cargo de Secretário do Tesouro Americano (o primeiro), além de ser atuante conselheiro político do primeiro presidente norte-americano, George Washington. Madison, por sua vez, junto com Thomas Jefferson, fundou o Partido Republicano, pelo qual se elegeu presidente dos Estados Unidos em 1808 (o quarto presidente da história americana). Jay se tornou o primeiro presidente da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos.

Em *O Federalista*, Jay, Madison e Hamilton explicam os alicerces do novo ordenamento político que serve de base ao novo texto constitucional, tentando combater teorias políticas aceitas na época.

Na citada obra, os autores desenvolvem e explicam a teoria política em que se assenta a Constituição nascente, buscando desmistificar os dogmas políticos tradicionais que pregavam a militarização e questionavam a viabilidade dos governos populares modernos.

No artigo número 15, Hamilton enumera os defeitos da Confederação então vigente, que, para ele, possuía imperfeições que colocavam em risco a segurança dos Estados. Aduz HAMILTON (1979, p. 108):

Contraímos dívidas com os estrangeiros e com os nossos concidadãos para a conservação da nossa existência política, e o pagamento ainda

não se acha afiançado de uma maneira satisfatória. Uma potência estrangeira possui territórios consideráveis e postos que, por estipulações expressas há longo tempo devia ter-nos restituído, e, apesar de nossos interesses e dos nossos direitos, estes postos e esses territórios ainda se conservam em seu poder. O nosso estado é tal que até devemos dissimular os ataques que nos fizerem, por não os podermos repelir; porque não temos nem tropas, nem tesouro, nem governo para fazê-lo. [...] A natureza e os tratados nos dão o direito de aproveitar-nos livremente das vantagens do Mississipi; mas a Espanha nos proíbe. O crédito público é um recurso indispensável nos perigos públicos; mas parece que temos renunciado para sempre adquiri-lo. O comércio é o primeiro manancial de riquezas para as nações; mas o nosso está no último grau de decadência. A consideração aos olhos das potências estrangeiras é o remédio profilático das suas usurpações; mas a fraqueza do nosso governo até lhes tira a idéia de virem tratar conosco: os nossos embaixadores nos países estrangeiros não são senão simulacros de uma soberania equívoca. Uma diminuição enorme e pouco natural do preço das terras cultivadas está entre nós muito abaixo do que devia esperar-se, pela quantidade de terras incultas em venda – anomalia que somente pode explicar-se pela falta de confiança pública e particular, cujo efeito é a depreciação dos valores de todos os gêneros. O crédito particular é o único esteio da indústria, e entre nós acha-se reduzido aos mais estreitos limites, sobretudo pelo que diz respeito aos empréstimos, antes por falta de confiança que pela escassez de numerário. [...] Tal é a triste situação a que nos têm reduzido estas mesma máximas, estes mesmos conselhos pelos quais se trata hoje de nos desviar da adoção da Constituição proposta. Não contentes de nos haverem conduzido à borda do abismo, querem precipitar-nos nele. [...] Concede-se que falta energia ao governo dos Estados Unidos, e apesar disto não se lhe querem conferir os poderes necessários para dar-lhe esta energia que lhe falta!

Em uma simples leitura das afirmações de Hamilton, percebe-se a insatisfação deste com as condições em que se encontrava a Confederação, com problemas em vários setores da sociedade: dificuldades nas finanças públicas, falhas no acesso ao crédito, ausência de soberania nacional.

Hamilton atribui a culpa destes obstáculos à falta de coercitividade das medidas tomadas pela autoridade central, que elaborava leis que não eram de observância obrigatória pelos Estados.

Tendo em vista que uma das características das leis é que estas devem ser respeitadas, sob pena de uma sanção ser aplicada em desfavor de quem não a observou, HAMILTON afirma que o poder do governo central fica seriamente comprometido, já que suas determinações seriam meros conselhos ou recomendações. Vejamos (1979, p. 110):

A idéia de governo envolve o poder de fazer leis, mas é essencial à idéia de lei que a execução seja afiançada pela sanção, isto é, por uma pena que remova a lembrança de desobedecer-lhe. Se não houver pena contra a desobediência, as resoluções chamadas leis são meras recomendações.

Para Hamilton, o conceito de governo impõe a existência de um órgão que tenha autoridade para exigir e punir quem desrespeite suas decisões, o que no caso norte-americano, não existia.

Hamilton assevera que era dever do governo central atuar não só junto aos Estados, mas também manter uma relação de proximidade com os cidadãos.

Ponto que não pode ser esquecido é o conceito trazido por HAMILTON do que seria um ato federativo (1979, p. 248):

Para bem determinar os verdadeiros caracteres de um governo, é preciso considerá-lo, não só em relação ao princípio sobre que foi estabelecido, mas relativamente à origem de seu poder, ao fim e extensão desse poder e à autoridade por que podem ser feitas as mudanças futuras na sua organização. [...] Parece por uma parte que a Constituição é fundada sobre o assentimento e ratificação do povo americano, enunciados pelos deputados para este fim; mas, por outra parte, vê-se que este assentimento não foi dado pelo povo, considerado não como uma nação somente, mas como um agregado de cidadãos de Estados bem distintos e separados. Logo, o ato que criou a Convenção não é nacional, é federativo. E é tão evidente que o ato é federativo e não nacional, qualquer que seja a interpretação que os adversários queiram dar a estas duas palavras, que a decisão não foi resultado nem da vontade da maioria do povo da União, nem da vontade da maioria dos Estados, mas o resultado do assentimento unânime de todos eles, sem mais diferença das formas ordinárias que o ter sido dado pelo povo diretamente e não pelo intermédio do corpo legislativo.

Devemos salientar que o termo “federal”, como entendemos hoje esta forma de governo, era, àquela época, sinônimo de confederação e que para Hamilton “em uma confederação o governo só se relaciona com os Estados, cuja soberania permanece intacta, em uma Federação esta ação se estende aos indivíduos”.

Não é objetivo deste trabalho discutir as diferenças doutrinárias entre os conceitos de Federação e Confederação, mas entender o porquê da necessidade da existência um poder central regulamentador de certos aspectos da sociedade (certos e não todos, tendo em vista que os Estados, como ente federativos, conservam parte de sua autonomia).¹⁷

¹⁷ Interessante frisar que enquanto o processo de independência estadunidense se deu de dentro para fora (movimento centrífugo), o brasileiro ocorreu de fora para dentro (movimento centrípeto). Tal fato explica o motivo pelo qual, na nossa forma de Estado, a União, após a independência do Brasil, conservou a maior parte das competências e atribuições legislativas e administrativas enquanto que, no modelo estadunidense, os Estados têm grande autonomia no campo legislativo, administrativo e político.

No art. de número 47 de *O Federalista*, Madison comenta acerca do ponto que nos interessa: exame e aplicação do princípio da separação dos poderes. Vejamos o que diz MADISON (1979, p. 124):

Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.

Madison inicialmente cita Montesquieu como a referência para a teoria da separação dos poderes. Todavia, Madison lembra que o estudo de Montesquieu foi feito em cima da Constituição inglesa, aonde os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não se encontravam separados de forma harmoniosa, tendo em vista que o Poder Judiciário sofria fortes interferências do Legislativo, o poder com mais prerrogativas. Afirma MADISON (1979, p. 125):

O mais ligeiro exame da Constituição inglesa nos deixará convencidos de que os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, não se acham nela inteiramente distintos e separados. A magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo. [...] Por ele são também nomeados todos os membros da judicatura; por ele podem ser privados dos seus ofícios, mediante uma mensagem das duas câmaras do Parlamento; e, quando lhe apraz consultá-los, deles forma um dos seus conselhos constitucionais. [...] Por outra parte, os juizes estão estreitamente unidos com o corpo legislativo que muitas vezes assistem e tomam parte nas suas deliberações, posto que em último resultado não tenham voto deliberativo. Portanto, visto que estes foram o norte para o Montesquieu para estabelecer o princípio de que se trata, podemos concluir que, quando ele estabeleceu “que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo”, não quis proscrever toda *ação parcial*, ou toda *influência*, dos diferentes poderes uns sobre os outros: o que quis dizer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua *plenitude*, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos.

Madison não descarta, porém, a contribuição de Montesquieu. Todavia, o papel limitado do Poder Judiciário era visto como empecilho para uma plena separação dos poderes. Cumpre lembrar que dominava o entendimento de que ao juiz cabia somente o papel de aplicar a lei ao caso concreto, sem poder interpretá-la, posicionamento presente na obra de Montesquieu (2000, p. 208).

Os estudos de Jay, Hamilton e Madison acerca do Poder Judiciário foram essenciais para a consolidação de diversos institutos, garantias e

princípios que atualmente regem o Poder Judiciário, inclusive o brasileiro, guardadas as devidas proporções. Diz HAMILTON (1979, p. 161-162):

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles são bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e este só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo. Já esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado; 3) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois; [...] pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais.

Percebe-se que Hamilton critica a falta de força do Poder Judiciário diante dos Poderes Executivo e Legislativo. Para Hamilton não se podia falar em efetiva separação dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário não podia exercer sua influência sobre os demais poderes, controlando os atos dos mesmos, tendo sua atuação limitada pelo que determinasse o Poder Legislativo.

Todavia, em *O Federalista*, HAMILTON defende que os atos de todos os poderes estão submetidos aos preceitos da Constituição e, caso um desses atos afronte os ditames constitucionais, este deve ser declarado nulo, cabendo ao Poder Judiciário tal tarefa (1979, p. 162):

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de Justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior. Como esta doutrina é de grande importância em todas as constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda. Todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos da comissão, é nulo. Este princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isto seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtudes de poderes delegados tanta autoridade têm para o que estes poderes autorizam como para o que eles proibem. Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que maneira por que eles os interpretar fica tendo força de lei para outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria

vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites de suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os atos do corpo legislativo.

A passagem acima mencionada pode ser definida como emblemática no que tange ao papel do Poder Judiciário dentro do sistema político. Vejamos o porquê.

Em primeiro lugar, Hamilton recupera o ideal contratualista, ao atribuir à Constituição o caráter de “contrato” entre o povo e o Estado. Fica nítido na leitura de *O Federalista* que o autor já compartilha dos ideais do constitucionalismo moderno, que atribui à Constituição a função de determinar os direitos e garantias fundamentais, a organização e o funcionamento do Estado, as atribuições de cada Poder, os mecanismos de controle entre os Poderes e suas responsabilidades.

Em seguida, Hamilton deixa claro que o papel do Poder Judiciário é de zelar pelo cumprimento desse contrato, anulando os atos que extrapolem os limites constitucionais, que seriam as cláusulas contratuais. Aliás, como em qualquer contrato, certas cláusulas requerem interpretação, cabendo à função jurisdicional do Estado dar a última palavra nessa matéria para impedir interpretações dos demais poderes que sejam prejudiciais ao povo, parte mais importante do contrato.

Historicamente, no Brasil, a separação dos poderes se encontra estabelecida desde a Constituição de 1824, que em seu art. 9º dizia que “a divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece”. O art. 10, por sua vez, afirmava que “os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”

As demais Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) também adotaram a separação dos poderes (demonstrando que separação dos poderes não significa, necessariamente, democracia, já que as Constituições de 1824, 1937 e 1967 foram elaboradas em épocas não democráticas).

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, é cristalizado o entendimento de que o Poder Judiciário pode efetivamente controlar atos dos demais poderes, sem que com isso haja ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da nossa Constituição¹⁸. A jurisprudência do STF é unânime nesse sentido¹⁹:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, de ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais. Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.

Com base nesse entendimento, a CF de 1988 possibilita ao Poder Judiciário declarar nulo qualquer ato dos demais poderes que extrapole os limites constitucionais e legais.

Segundo HAMILTON, a atuação do Poder Judiciário em frear as condutas abusivas do Poder Legislativo não é apenas repressiva, mas

¹⁸ São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁹ MS 23452/RJ

preventiva, na medida em que o Legislativo agiria com mais cautela antes de editar qualquer norma legislativa (1979, p. 164):

E não é somente em relação às infrações da Constituição que a independência dos juizes pode ser um remédio necessário contra estes caprichos momentâneos que podem nascer nas sociedades, quando estes acessos de mau humor não tendem senão a ofender uma classe particular de cidadãos, por leis injustas e parciais. É preciso que a firmeza dos juizes mitigue a severidade de semelhantes leis e lhes restrinja o efeito; o que não só diminuirá os inconvenientes das que já tiverem passado mas desviará o corpo legislativo de fazer outras da mesma ordem, forçando-o a ser mais circunspecto nas suas tentativas de injustiça, quando vir que os escrúpulos dos juizes lhe hão de sempre dar cabo. Esta circunstância deve influir sobre o espírito do nosso governo mais do que se pensa; já em mais de um dos nossos Estados se experimentaram as vantagens da integridade e moderação dos juizes; e, apesar do descontentamento que ela causou àqueles que haviam concebido projetos sinistros, nem por isso deixou de encontrar estima e aprovação em todos os homens desinteressados e virtuosos.

Hamilton deixa claro que a tarefa do Judiciário em coibir os excessos dos demais Poderes, em especial do Legislativo, somente é possível se houver um Poder Judiciário realmente independente e, independência, por sua vez, passa pela concessão de garantias e prerrogativas que todo Poder deve ter como forma de assegurar sua liberdade e autonomia (1979, 162):

A independência rigorosa dos tribunais de Justiça é essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, numa Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* (decretos de proscricção), leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática senão por meio dos tribunais de Justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isto, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares.

Em *O Federalista*, encontramos três garantias que atualmente estão consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro como essenciais ao Judiciário: a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

A vitaliciedade está prevista no art. 95, inc. I da CF e garante aos magistrados a permanência no cargo, que somente será perdido por uma sentença judicial transitada em julgado. Já a inamovibilidade, que se encontra no art. 95, inc. II da CF, assegura ao juiz a sua continuidade na comarca, somente podendo ser removido por interesse público e por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa, como enuncia o art. 93, inc. VIII da Carta Magna. A

irredutibilidade de vencimentos está no art. 95, inc. III da CF e garante ao magistrado a não redução de seus vencimentos ao longo da profissão.

Sobre a vitaliciedade, que tem como uma de suas faces a impossibilidade de magistrados temporários, se manifesta HAMILTON (1979, p. 165):

Este apego constante e invencível à Constituição e aos direitos individuais, indispensável nos tribunais de Justiça, não pode certamente achar-se em juízes de comissão temporária: de qualquer modo e por quem quer que as nomeações periódicas fossem feitas, em todo caso não poderia deixar de ser nocivo o seu efeito à independência indispensável aos juízes. Se o direito de elegê-los fosse confiado ao Poder Executivo ou ao Legislativo, ou ambos juntos, haveria notável perigo de condescendência ou de colisão com o corpo que o possuísse, em todas as suas pretensões injustas; se se deixasse ao povo ou a pessoas especialmente escolhidas para este fim, o desejo de adquirir popularidade não podia deixar de influir desvantajosamente sobre a adesão, que deve ser inalterável, à Constituição e às leis.

Seguindo com a argumentação, HAMILTON afirma que juízes permanentes são essenciais para que estes se especializem na capacidade de julgar, além de evitar que a magistratura se transforme em um “bico” (1979, p. 165):

Outro motivo igualmente poderoso para admitir a permanência dos empregos judiciais resulta das qualidades que eles exigem. Já muitas vezes e com muita razão se disse que um código volumoso é um dos grandes inconvenientes de todo governo livre. Para evitar toda arbitrariedade nos julgamentos, é necessário que os juízes tenham regras e arestos que lhes indiquem os seus deveres em todos os casos possíveis; e bem que se vê que a imensidade de questões, que pode fazer nascer a loucura e a maldade dos homens, deve dar extensão proporcionada aos registros, onde devem achar-se consignados estes arestos, e exigir longo e laborioso estudo para adquirir conhecimento deles. Segue-se daqui que os juízes suficientemente instruídos para poderem desempenhar dignamente as suas funções devem ser poucos; e menos ainda os que a conhecimentos suficientes puderem reunir a integridade, ainda mais necessária. De onde se vê quão poucos devem ser os homens que o governo pode encontrar dignos da sua escolha: e, se à dificuldade de encontrá-los se reunir a duração temporária do emprego, que lhes fará preferir a profissão lucrativa da advocacia à honra transitória de julgar, a administração da Justiça cairá em mãos indignas ou incapazes de desempenhar as suas augustas funções.

A nossa CF não admite a figura do magistrado temporário. Segundo o art. 93, inc. I da CF, o ingresso na carreira da magistratura, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, se dá mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

A exceção fica por conta dos cargos judiciais em que a própria Constituição admite a entrada na magistratura via nomeação (cargos da alta cúpula do Poder Judiciário), entretanto, tanto estes como os concursados, após seu ingresso, são magistrados permanentes, somente podendo perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado.

O nosso ordenamento não admite o ingresso na magistratura via eleição, não existindo o exercício da magistratura togada por tempo determinado (salvo na justiça eleitoral em que membros da OAB exercem a função judicante por determinado período, perdendo a condição de juiz após o citado prazo).

A inamovibilidade, citada pelos autores, decorre da inexistência de juízes temporários.

Era prática de muitos países da época que os juízes fossem nomeados, exonerados e removidos da comarca por ato discricionário do soberano, o que comprometia enormemente a função jurisdicional, já que qualquer sentença que desagradasse ao poder central podia gerar a exoneração do magistrado ou sua remoção para um local distante. Preocupados com tal situação, os defensores de um Poder Judiciário independente formularam a garantia da inamovibilidade.

Em *O Federalista* Hamilton dedica o artigo 78 inteiramente ao tema, intitulado “Da inamovibilidade do Poder Judiciário”. Aduz HAMILTON que “todos os magistrados devem ser inamovíveis e não podem perder os seus empregos senão por sentença que os declare indignos deles” (1979, p. 161).

Fechando as garantias do Judiciário, HAMILTON, MADISON e JAY citam a irredutibilidade do salário como uma garantia fundamental do Poder Judiciário (1979, p. 235):

Depois da inamovibilidade, nada pode contribuir tanto para a independência dos juízes como a disposição que fixa os seus emolumentos. [...] Geralmente, dispor da subsistência de um homem é dispor da sua vontade; e não é possível que o Poder Judiciário esteja real e completamente separado do Poder Legislativo, enquanto os seus recursos pecuniários dependerem da legislatura. Os partidistas ilustrados de um bom governo lamentam que nas Constituições dos Estados não se encontrem a esse respeito declarações precisas e formais. Algumas delas determinam que se concedam salários permanentes aos juízes; mas a experiência tem feito ver que o corpo legislativo pode iludir semelhantes disposições e que é preciso alguma coisa de mais positivo a esse respeito. Foi por esse motivo que a

Convenção determinou “que os juizes dos Estados Unidos recebessem em épocas determinadas um salário pelos seus serviços, que não pudesse sofrer diminuição, enquanto se achassem em serviço.” E é realmente, tudo bem considerado, a melhor resolução que a esse respeito podia tomar-se. As flutuações contínuas no valor do dinheiro, e no estado da sociedade, não permitia a fixação de uma soma determinada; porque o que hoje seria exorbitante podia amanhã ser insuficiente: convinha, portanto, que a legislatura tivesse o poder de acomodar as disposições da lei às circunstâncias do tempo, sem, contudo, lhe deixar a liberdade de tornar a sorte dos juizes menos feliz. O homem que está seguro do seu emprego não pode desviar-se dos seus deveres por medo de que o coloquem em condição menos feliz.

A justificativa para a existência de tais garantias é: qual o magistrado que exerceria a sua função com a devida imparcialidade se temesse ser removido a qualquer tempo de seu local de trabalho, pudesse ter seu salário reduzido ou até mesmo perder seu emprego?

Desta forma, a inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade existiriam para assegurar a prestação jurisdicional com lisura e sem temores. Não seriam privilégios, mas garantias para um correto exercício da magistratura. Encontramos essa tríade em *O Federalista*, que persiste até hoje no nosso ordenamento jurídico como essenciais para o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Para os autores de *O Federalista*, a verdadeira separação dos poderes somente se materializa quando o Judiciário deixa de ser um mero braço dos demais Poderes e possui autonomia política, surgindo como intérprete das normas e corrigindo os abusos do Poder Legislativo.

E essa missão somente pode ser alcançada, segundo os autores de *O Federalista*, se o Poder Judiciário possui garantias para exercer a função jurisdicional sem receios. Nesse contexto, as garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, antes inexistentes nos modelos tidos como ideais, aparecem como essenciais ao Poder Judiciário.

Ademais, a possibilidade do Judiciário não só de interpretar as normas, mas de retirar do ordenamento jurídico os atos do Poder Legislativo e Executivo que são contrários à Constituição consagram o Poder Judiciário definitivamente como um Poder político autônomo, não mais refém do Poder Legislativo.

Atribuindo equivalência de forças entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário, teríamos um sistema em que cada Poder teria autonomia política suficiente para limitar os abusos cometidos pelo outro.

Aparentemente, temos em *O Federalista* a consagração de uma estrutura dos Poderes voltada, desde seu início, à construção de um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é assegurar o império da democracia mediante o equilíbrio das funções estatais. É a consagração da autonomia do Poder Judiciário.

Em *Democracia ou Bonapartismo*, Domenico Losurdo questiona tal afirmação histórica, tão defendida por alguns historiadores e juristas.

Segundo Losurdo, os federalistas Jay, Madison e Hamilton estavam preocupados com a soberania do Poder Legislativo e a apatia e timidez do Poder Executivo. Aduz LOSURDO (2004, p. 96-97):

Convém fazer um exame desta última [Constituição Americana de 1787] e de sua gênese histórica. O acontecimento decisivo que a antecede é a revolta que, em 1786-1787, se desenvolve no Massachusetts por obra de camponeses pobres e endividados, os quais, liderados por Daniel Shays, coronel reformado do Exército continental que tinha derrotado a Inglaterra, se rebelam contra a venda em leilão, e a baixo preço, das suas terras e dos seus bens e contra a condenação ao cárcere dos devedores. Neste ponto a legislação americana é dura e impiedosa. [...] Mesmo reprimida duramente com a intervenção da milícia, a agitação e a revolta dos camponeses pobres lançam o pânico entre as classes proprietárias: a catástrofe que se delineia torna John Jay “mais inquieto e mais preocupado do que durante a guerra” contra os ingleses; Jay (firmatário do tratado de paz e rebento de uma rica família de comerciantes nova-iorquinos) comunica suas preocupações a George Washington. O então general reformado é destinatário da carta de outro interlocutor, o qual traça uma alternativa dramática: ou ocorre a rendição ao “terror da anarquia e da ilegalidade” promovidas pela “camada inferior” da população e por uma “classe cuja situação desesperada só pode ser melhorada mediante a ruína da sociedade”, ou se liquida de uma vez para sempre os “governos fracos e indecisos”. Trata-se, então de proceder à imediata imposição de um “governo estável e capaz de agir” e dotado do “poder que é absolutamente necessário para punir o vício e premiar a virtude”: este o quadro traçado por Henry Lee, delegado da Virgínia numa carta sempre endereçada a Washington.

Losurdo assevera que Washington se inquieta mais ainda quando recebe notícias do general Knox, que acabara de chegar de Massachusetts, aonde, por determinação do Congresso, fora enviado para controlar uma revolta de aproximadamente quinze mil homens, cujas idéias objetivavam garantir a redistribuição de terra, a elaboração de leis agrárias e a criação de

propriedade comum. A reação de Washington é descrita por LOSURDO (2004, p. 97):

O general Washington, por sua vez, comunica a Madison as “sombrias notícias” recebidas do general Knox, junto com a conclusão que delas extraiu: para escapar da “anarquia e do caos”, impõem-se “uma Constituição liberal e energética” e decididas mudanças em relação “às convicções políticas anteriores (Departamento de Estado, v. 4, p. 34 ss.) É preciso abandonar – observa Washington já na carta de resposta a Jay – “uma visão demasiado benevolente da natureza humana” e desconhecadora da necessidade de um forte poder central que freie o vício e a inclinação para o mal. [...] Para conseguir tal objetivo, é preciso liquidar definitivamente as aspirações à “democracia perfeita”, à “liberdade absoluta”, à “abolição do Senado”, às medidas em favor dos camponeses pobres e endividados, reivindicadas pelo povo ou pelo “povo miúdo”; para neutralizar e, eventualmente, domar este último, agora se invoca um forte poder executivo (Morison, 1953, p. 220-225).

Isto posto, o fortalecimento do Poder Executivo é tido como essencial para remover a possibilidade de fragmentação da Confederação, além de servir à classe conservadora dominante, controlando a preocupante e iminente ameaça popular.

A conseqüência principal do frenesi causado pela instabilidade da população se refletiu na Convenção da Filadélfia de 1787. Assevera LOSURDO (2004, p. 98):

Com efeito, por causa do clima político já visto, a Convenção convocada para a Filadélfia é quase exclusivamente composta “de homens extremamente conservadores”, os quais, trabalhando em rigoroso segredo e indo muito além do mandato recebido, que prevê apenas uma obra de reforma dos “Artigos” da Confederação, elaboram um texto constitucional totalmente novo, reforçando enormemente o poder central: “realizado por Napoleão, chamar-se-ia um *coup d’ Etat*” (Nevins e Commager, 1960, p. 133-136). [...] Sob um ponto de vista legal – observa Woodrow Wilson -, a Constituição Original só poderia ser modificada com base no “consenso unânime” dos Estados signatários; mesmo que, abolindo a legalidade, se procedesse a uma “contagem dos eleitores em escala nacional, ter-se-ia indiscutivelmente verificado uma minoria contrária à [nova] Constituição”; no entanto, os protagonistas da Convenção de Filadélfia se preocupavam não em “agradar o país, mas salvá-lo” (Wilson, 1918, v.5, p. 76, 82 e 71). Isto é: a virada político-constitucional não estava legitimada nem pela ordem jurídica existente nem pelo apelo à soberania popular, mas pela absoluta necessidade de poupar ao país os ataques à propriedade, o caos e a anarquia que sobre ele pendiam ameaçadoramente. É o princípio de legitimidade que habitualmente preside os golpes de Estado; e o espectro do golpe de Estado ou do seu perigo já é significativamente evocado pelos opositores da nova Constituição (Adams e Adams, 1987, p. 361). Os protagonistas da virada estão dominados pela preocupação de estabelecer os instrumentos mais eficazes para a repressão de eventuais agitações populares.

Assim, para Losurdo, *O Federalista* nada mais é do que uma forma de engodo, na medida em que sua missão é atribuir legitimidade à dominação da classe conservadora que se viu em perigo diante da crescente revolta popular.

Ao contrário do que se pensa, os ideais de Jay, Hamilton e Madison, para Losurdo, não são democráticos e libertários, mas têm como meta evitar que a camada desprestigiada da sociedade assuma o controle e faça as mudanças necessárias para acabar com a dominação. Menciona LOSURDO (2004, p. 99):

Folheemos as páginas de *The Federalist*. Recorrente é a referência à revolta de Shays e à “guerra civil” de Massachusetts, bem como à necessidade de constituir um poder capaz de “barrar e controlar a violência das facções” (n. 10, 1980, p. 90) e a “anarquia que nos ameaça de perto” (n. 15, 1980, p. 126). O perigo de “guerras e revoluções” ronda constantemente e, para “proteger o Estado destes dois males mortais da sociedade”, é preciso dispor de eficientes “forças armadas” (n. 34, 1980, p. 258 ss.), que são necessárias em primeiro lugar por causa da ameaça que provém de dentro do país, como o demonstram o caso bem conhecido de Massachusetts e também da Pensilvânia, onde até os mais hesitantes se convenceram da necessidade de um Exército permanente, pelo menos “enquanto persistir a menor aparência de perigo para a ordem pública” (n. 25, 1980, p. 205). Com o objetivo de estar preparado para qualquer acontecimento, é absolutamente necessário um governo dotado de “energia” (n. 37, 1980, p. 281), um “Executivo forte” (n. 70, 1980, p. 532), que saiba eventualmente até mesmo enfrentar o “desfavor” do “povo” e “seja capaz de impor a própria opinião com decisão e energia” (n. 71, 1980, p. 539 ss.), um Executivo capaz de dispor, centralizadamente, de todos os corpos armados, inclusive, em caso de necessidade, “da milícia de cada estado” (n. 69, 1980, p. 519).

Diante de tais constatações, Losurdo assevera que a Convenção da Filadélfia foi, na verdade, uma forma de estabelecer um regime representativo em que, após a instalação da classe dominante no poder, não mais caberia iniciativa popular autônoma. Além disso, a pequena quantidade de deputados e senadores eleitos impediria que as classes dominadas tivessem representantes, mantendo o monopólio político da aristocracia dominante.

Para contestar tal pronunciamento, aduzem os autores de *O Federalista* (2000, p. 210)

Um das objeções que os nossos adversários tem em mais conta, a julgarmos pela freqüência com que repetem, consiste em dizer que o corpo constituinte não é assaz numeroso para que nele se achem homens de todas as diferentes classes de cidadãos, que conciliem os interesses e sentimentos de todas as partes da sociedade e produzam uma verdadeira simpatia entre o corpo representativo e os seus constituintes. Este argumento é especuloso e sedutor. [...] Enquanto forem as mesmas as condições exigidas para eleitores, seja grande ou pequeno o número de escolhas a fazer, sempre os seus votos hão de

recair naqueles em que eles tiverem mais confiança, ricos ou pobres ou mesmo sem propriedade. [...] Enquanto forem livres os votos, a Câmara de representantes há de ser composta de proprietários, de comerciantes e de homens de profissões científicas; e, se aparecerem deputados de outra condição, não será o seu número tão grande que possa influir sobre o espírito de governo. Mas haverá razão de temer que os interesses e sentimentos das diferentes classes de cidadãos não sejam conhecidos e defendidos por deputados dessas três?

Os autores de *O Federalista* respondem negativamente a pergunta feita acima, afirmando que as classes sociais dominadas seriam bem representadas pela elite política, que, por sua vez, tem interesse em manter a economia andando, o que somente poderia ser feito assegurando o bem-estar dos pequenos proprietários, comerciantes e artesãos.

A idéia de um poder central forte, cuja legitimação decorre da necessidade de salvaguardar e proteger os interesses do povo, foi utilizada pelos federalistas para justificar e autenticar suas colocações sobre a necessidade de um Poder Executivo enérgico e atuante.

No artigo de número 70, percebemos claramente tal entendimento, quando os federalistas demonstram simpatia pela Roma antiga (2000, p. 418-420):

Não há ninguém que não saiba quantas vezes a república romana se viu forçada a procurar no poder absoluto de um só homem, revestido do título formidável de ditador, refúgio contra as intrigas dos que aspiravam à tirania, contra sedições intestinas ou contra inimigos externos que ameaçavam igualmente a segurança de Roma. [...] Poder Executivo sem força supõe fraca execução das leis e do governo e execução fraca é o mesmo que má execução: logo, um governo mal executado, seja ele qual for em teoria, não pode deixar de ser mau em prática. [...] A experiência das outras nações pouco nos diz a esse respeito, mas todos os fatos nos ensinam a não adotar pluralidade no poder encarregado da execução das leis.

É a célebre legitimação da dominação, em que a boa intenção serve de abrigo para o real propósito do agente: no caso, afastar a manifestação das camadas populares e manter a dominação. É a mensagem de Losurdo.

E qual o papel do Poder Judiciário neste processo?

Não haveria (e não há) como o Poder Executivo manter seu controle, se não possuir o aval da prestação jurisdicional. Tendo em vista que as decisões judiciais gozam do atributo da coercitividade, devendo ser respeitadas e cumpridas, o Poder Executivo, sem o apoio do Poder Judiciário, não teria como legitimar suas deliberações, que seriam anuladas pelo Judiciário quando questionadas judicialmente.

Por esse motivo, o modelo proposto para o Poder Judiciário, apesar de se dizer autônomo, devia submetê-lo ao controle do Poder Executivo. Foi o modelo adotado pelos federalistas norte-americanos, que, nos artigos 76, 77 e 78 de *O Federalista* consideravam essencial para democracia e para o regime republicano assegurar o equilíbrio dos poderes na nomeação dos magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos: o Presidente indica um nome, que deve ser submetido à aprovação do Senado.

A prática acima explicitada foi adotada pelo modelo brasileiro, como aduz COMPARATO (2004, p. 152):

Desde a nossa primeira Constituição republicana, seguimos, em matéria de organização dos Poderes Públicos, o modelo original norte-americano, cujo pressuposto ideológico foi o cuidado em delimitar e restringir a competência do Poder Legislativo, o qual teria, na opinião dos pais fundadores dos Estados Unidos, uma inclinação natural ao abuso de poder. “O corpo legislativo”, escreveu Madison, “estende por toda parte a esfera de sua atividade, e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso”. Acontece que em nosso país – como na generalidade das nações latinoamericanas, de resto – a tradição colonial moldou os costumes políticos no sentido da máxima concentração de poderes na pessoa do Chefe de Estado. Ao adotarmos, pois, o regime presidencial de governo, em que o Chefe de Estado é, ao mesmo tempo, Chefe de Governo, nada mais fizemos do que criar, sob pretexto de uma reprodução do modelo norte-americano, um presidencialismo exacerbado.

E continua COMPARATO, aduzindo que desde as suas origens, o Poder Judiciário brasileiro guarda uma relação de proximidade e submissão ao Poder Executivo (2004, p. 152):

Já durante o regime monárquico, aliás, a predominância incontestada da vontade imperial sobre todos os órgãos do Estado, e até mesmo acima da vontade popular, pelo exercício do Poder Moderador, era bem conhecida. Como frisou o Marquês de Itaboraí (Rodrigues Torres), “o Imperador reina, governa e administra”. Sua Majestade concentrava em suas mãos todas as prerrogativas do Poder Executivo, o qual, como reconheceu Joaquim Nabuco, sempre foi onipotente, sendo esta onipotência, em suas palavras, “o traço saliente do nosso sistema político”. Não era, assim, de admirar que durante todo o período imperial o Judiciário se apresentasse como fiel servidor do governo. Ele era “uma mola da máquina administrativa”, como reconheceu sem disfarces o Visconde de Uruguai. Nas palavras candentes de José Antonio Pimenta Bueno, o futuro Marquês de São Vicente e o mais autorizado constitucionalista do período imperial, “o governo é quem dá as vantagens pecuniárias, os acessos, as honras e as distinções; é quem conserva ou remove, enfim quem dá os despachos não só aos magistrados, mas a seus filhos, parentes e amigos”.

A tentativa das constituições posteriores em consertar tais abusos restou frustrada, na medida em que o processo histórico da relação entre Poder

Executivo e Poder Judiciário acabou prestigiando aquele, como lembra COMPARATO (2004, p. 153):

Consolidou-se, com isto, o costume político, segundo o qual as relações entre o Executivo e os demais órgãos estatais não são de potência a potência, mas de quase vassalagem destes para com aquele; ou, mais exatamente, de submissão geral à pessoa do Presidente ou do Governador de Estado; o que representa, de certa forma, a transposição na esfera estatal do tradicional relacionamento do coronel do interior com os seus agregados e capatazes. Da mesma forma, entre o povo e o Estado, personificado na figura do chefe do Executivo, quase nunca se estabelece uma relação de cidadania, mas sim uma situação de dependência ou proteção pessoal, análoga à que existe entre pais e filhos, ou entre padrastos e enteados. O povo não foi educado a exercer direitos e a exigir justiça, mas tem sido habitualmente domesticado a procurar auxílios e favores. É isto o que tende a falsear completamente posição da magistratura judiciária em nossa organização de Poderes. É ingênuo acreditar que a evolução constitucional pôs, finalmente, juízes e tribunais ao abrigo da avassaladora hegemonia governamental. Se quisermos, portanto, garantir a independência do Poder Judiciário, precisamos, sobretudo, protegê-lo contra as indevidas incursões do Executivo em seu território.

Para deixar o leitor situado como a discussão em questão é extremamente atual, salutar é a colocação feita por Regina Maria Groba Bandeira, em artigo intitulado *Democratização e controle externo do Poder Judiciário*²⁰. Afirma BANDEIRA:

Os países adotam variados métodos de recrutamento de seus órgãos singulares (juízes) e membros de seus órgãos colegiados (desembargadores e ministros de tribunais). Os mais conhecidos são a eleição popular, a livre nomeação do Executivo, a nomeação pelo Executivo condicionada à proposta dos tribunais, a nomeação pelo Executivo após aprovação por corpos políticos e o concurso público. [...] A Escolha [no Brasil] de seus ministros é feita pelo Senado Federal, por indicação do Presidente da República. [...] Até mesmo juízes vêm nessa forma de escolha dos membros do STF uma vinculação inadequada e constrangedora entre o Judiciário e o Palácio do Planalto, havendo os que recomendem o veto à nomeação de ocupantes de cargo de confiança no governo ou daqueles que tenham exercido tais cargos durante o mandato do agente político a quem compete a designação. São casos notórios na formação do STF os dos ministros Maurício Corrêa e Néelson Jobim – ambos ex-ministros da Justiça nos governos Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Corrêa era senador pelo PSDB e foi indicado por Itamar em outubro de 1994 para ocupar a vaga do ministro Paulo Brossard, aposentado compulsoriamente. Jobim tomou posse no STF em abril de 1997, indicado por Fernando Henrique para a vaga do Ministro Francisco Rezek, que assumiu vaga na Corte Internacional de Haia. Segundo os defensores do modelo ora adotado, a escolha dos Ministros do STF está em consonância com o sistema de freios e contrapesos da Constituição, que permite o equilíbrio entre os três Poderes. Enquanto o Poder Executivo indica o Legislativo aprova ou não a escolha dos membros do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

²⁰ Disponível em

<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/202322.pdf>. Acesso em 18/05/2008, 14:54 hrs.

Da mesma forma que o Poder Executivo, para se manter, cria um discurso que objetiva legitimar sua dominação, o Poder Judiciário deve criar mecanismos para se proteger das reações populares. É aqui que se destaca a vitaliciedade.

Tida como fundamental para a independência da magistratura, a vitaliciedade esconde outra face. Vejamos o caso brasileiro.

Os juízes de 1º grau, que entram via concurso público, adquirem estabilidade após dois anos de exercício, “dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado” (art. 95, I, CF). Os que se tornam magistrados pelo acesso aos tribunais via quinto constitucional ou outra forma específica de investidura aos tribunais, ganham vitaliciedade imediatamente.

A rotatividade das autoridades públicas é vista como fundamental para a manutenção da democracia, já mencionada por ARISTÓTELES²¹, que refletiu sobre o Princípio da alternância nos cargos públicos. Diz o filósofo (1988, p. 136):

O Princípio fundamental do governo democrático é a liberdade; a liberdade, diz-se, é o objeto de toda democracia. Ora, um dos característicos essenciais da liberdade é que os cidadãos obedeçam e mandem alternativamente.

No Brasil os cargos do Poder Executivo e Legislativo periodicamente são submetidos à escolha popular, com exceção dos magistrados, justamente por estes gozarem do benefício constitucional da vitaliciedade. Assim, antes de ser uma forma de garantir a autonomia do Poder Judiciário, a vitaliciedade impede que os magistrados sejam submetidos ao controle popular.

Antes da reforma do Judiciário, a vitaliciedade foi abordada como ponto fulcral da magistratura no XVII Congresso Brasileiro de Magistrados, que se realizou em 2001, na nossa cidade, Natal/RN. Entenderam os magistrados que a vitaliciedade não poderia ser alterada (para pior) pela futura reforma do Judiciário que, à época, ainda era uma proposta de emenda constitucional em trâmite no Congresso, como lembra BANDEIRA²²:

²¹ As críticas feitas ao estagirita anteriormente não têm o condão de anular seu pensamento.

²² Democratização e controle externo...

O 1º Fórum Mundial de Juízes, evento paralelo ao Fórum Social Mundial realizado em janeiro de 2002, em Porto Alegre – RS, procurou divulgar e reafirmar as conclusões do XVII Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado em outubro de 2001, em Natal – RN, sobre a reforma do Poder Judiciário. Impende destacar, da Carta de Natal, as seguintes proposições atinentes ao controle e democratização da Instituição: 1. Eleições diretas, pelo voto de todos os juízes vitalícios, para os órgãos diretivos dos tribunais, admitindo-se a possibilidade constitucional de sua instituição pelos tribunais estaduais, mediante proposta de emenda às respectivas constituições; 2. Criação de ouvidorias, em todos os tribunais, para o estabelecimento de vias de comunicação direta com a sociedade; 3. repúdio ao nepotismo, com vedação normativa expressa dessa prática relativamente aos três poderes; 4. Eleições, por todos os juízes vitalícios, de metade da composição dos órgãos especiais dos tribunais, sendo a outra metade composta pelo critério de antigüidade; 5. Proibição de sessões secretas e exigência de fundamentação de todas as decisões administrativas dos tribunais; 6. Participação de magistrados, escolhidos pelo voto direto de todos os juízes, na composição de conselhos de justiça e da magistratura e 7. Repúdio à possibilidade de demissão de juízes por decisão administrativa, por configurar quebra da garantia da vitaliciedade indispensável à liberdade de julgamento e às garantias constitucionais dos cidadãos. Constata-se que muitas das sugestões da magistratura para a Reforma do Poder Judiciário foram acolhidas pelos Relatores da matéria no Congresso Nacional. [...] A possibilidade de demissão de juízes por decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça foi suprimida do texto da Reforma no Senado, atendendo a pleito da Associação dos Magistrados Brasileiros, ao entendimento de que representaria uma ameaça à vitaliciedade do juiz.

Obviamente que é essencial que o Poder Judiciário possua uma forma de evitar a interferência arbitrária dos demais Poderes da República em seus quadros e a vitaliciedade, em certa proporção, cumpre esse papel.

Contudo, esse discurso da magistratura acerca da vitaliciedade na verdade reflete o medo dos magistrados em serem submetidos a uma fiscalização popular acerca de suas atividades, o que é comprovado pela ausência de controle popular do Poder Judiciário, afinal, nada impediria a vitaliciedade também ser excepcionada em casos de controle do Poder Judiciário por um órgão com representatividade popular.

Isto posto, a vitaliciedade, nos moldes em que existe no ordenamento jurídico brasileiro, caminha, com o modelo atual de controle do Poder Judiciário, no sentido de impedir a população de vigiar a atuação dos magistrados, colaborando para a existência de uma justiça opressora e elitista, que, através de um discurso ideológico, passa por cima dos direitos sociais.

Devemos destacar, por fim (e para não deixar o leitor perdido), que, ao contrário do modelo brasileiro da magistratura de 1º grau, o sistema judiciário estadual norte-americano adotou um modelo variado, com três modalidades de

magistrados (respeitando a autonomia de cada Estado), como esclarece Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, em artigo intitulado *O Sistema Judiciário norte-americano e o aprimoramento dos seus juízes*²³:

Há, basicamente, três sistemas quanto ao recrutamento de juízes nos Estados Unidos: 1 — por nomeação; 2 — por eleição; 3 — misto. Pelo sistema de nomeação estão os juízes Federais em todo o país, e os juízes de quinze Estados-membros, ressaltando-se que não se exige que aqueles e estes se submetam a concurso. Pelo sistema de recrutamento por eleição perfilham-se dezessete Estados, com mandatos que variam, via de regra, de quatro a seis anos. Cumprindo anotar que o sistema se aplica também às Cortes de segunda instância. Não vêm os norte-americanos maiores inconvenientes nesse sistema, que a nós espanta, sendo mesmo defendido por uma corrente, sob o argumento de que, se todo o poder deve emanar do Povo, o Judiciário não se deverá constituir em exceção. Há Estados, por outro lado, que buscam conciliar os dois sistemas. É o exemplo da Califórnia. Uma vez nomeados, os juízes deverão submeter-se, após certo período, ao voto popular. Ainda no terceiro grupo, merece destaque um sistema que vem obtendo a preferência dos estudiosos, e que não exige a participação do voto popular. Segundo esse sistema, um comitê, composto de juízes, advogados e representantes da comunidade, examina os candidatos e recomenda três ao Executivo, ao qual cabe escolher um deles. Inexistindo carreira, inexistente sistema de acesso, o que não impede que muitos dos juízes das Cortes superiores passem antes por Cortes inferiores.

Podemos dizer, então, que *O Federalista* é tido como um marco histórico na luta pela autonomia do Poder Judiciário, que passaria a ter *status* de igualdade com os demais Poderes. Essa autonomia teria como objetivo dotar o Poder Judiciário de independência para poder aplicar as leis e garantir a justiça de uma forma imparcial e neutra.

Contudo, os fatos históricos em que a citada autonomia se deu bem demonstram que, na verdade, a independência do Poder Judiciário ocorreu para dar suporte às políticas aplicadas pelo Poder Executivo e para ajudar a legitimação das práticas opressoras da classe dominante, como frisou Losurdo.

²³ Publicado em

http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/17610/1/Sistema_Judici%C3%A1rio_Norte-Americano.pdf. Acesso em 17/10/2008, 08:33 hrs.

Capítulo 2 - Direito, justiça e cidadania

Nos países que se intitulam democráticos é missão do Poder Judiciário administrar a justiça e aplicar o Direito, como órgão imparcial e neutro, devendo trazer harmonia quando algum conflito é instalado, sendo a busca por justiça um exercício de cidadania.

Indubitavelmente, Marshall foi responsável pela elaboração de um conceito moderno de cidadania tradicionalmente aceito, que, segundo MARSHALL, se divide em três elementos: civil, político e social. Vejamos o que diz o mencionado autor (1967, p. 63):

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos e o direito à justiça.[...] Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo.[...] O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.

Contudo, o autor lembra que a idéia de cidadania depende do contexto em que esta é exercida e do valor que esta possui perante a sociedade a qual é praticada (1967, p. 76):

A cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida.

A universalização dos direitos como pressuposto de uma cidadania plena é formalmente adotada nos países que seguem o modelo democrático-liberal de cidadania, em que se aceita a idéia de que os direitos políticos, civis e sociais são igualmente usufruídos por todos os indivíduos.

Em artigo intitulado *Cidadania, igualdade e diferença*²⁴, Adrián Gurza Lavalle lembra que o conceito moderno de cidadania deve ser repensado. Vejamos o que diz LAVALLE:

²⁴ Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n59/a04n59.pdf>. Acesso em 12/03/2008, 09:17 hrs.

A cidadania moderna, assim definida e ampliada secularmente mediante o reconhecimento de novos direitos e de novos setores da população investidos com capacidade legal de usufruí-los, encontra-se hoje diante de uma encruzilhada de caminhos incertos. As condições que lhe outorgaram *viabilidade política* e *plausibilidade simbólica*, enquanto *status* universal, sofreram transformações profundas; transformações cujas implicações suscitam controvérsia quanto ao futuro da própria cidadania e aos eventuais rumos de sua reconstrução para se adequar às exigências dos novos tempos.

Para o autor, a crise da cidadania moderna que se inicia no fim do século XX se deve a um processo desestabilizador no campo dos pressupostos macroinstitucionais (ou estatais) que viabilizaram politicamente sua consolidação. Aduz LAVALLE²⁵:

Trata-se, é claro, da capacidade do Estado para institucionalizar volumes conflitantes de interesses populares, e para impor as decisões vinculantes - inclusive a assunção de perdas - exigidas por tal institucionalização. Hoje, uma combinação complexa de fatores exige com premência a ação pública e, a um só tempo, limitam sua efetividade e seus alcances. A vulnerabilidade financeira e migratória das fronteiras nacionais, os processos de integração econômica internacional e a conseqüente cessão parcial de soberania, o acirramento da desigualdade social sob formas inéditas - entre elas o alastramento do desemprego estrutural -, a redefinição do papel do Estado e sua conseqüente retração no plano da intervenção social, adicionada às crescentes limitações fiscais da ação pública, compõem um panorama crivado de restrições não apenas para a ampliação da cidadania, senão também para preservação de sua substância já cristalizada em direitos. [...] Constrangimentos de diversa índole têm reduzido a capacidade do Estado para absorver demandas e investi-las de estatuto público na forma de direitos.

Ademais, um segundo fator atua como força desestabilizadora do conceito de cidadania, consubstanciado na diferenciação social e nas mudanças socioculturais²⁶:

O segundo conjunto de fatores presentes na desestabilização da cidadania diz respeito à diferenciação social e a mudanças socioculturais. Trata-se, em grandes traços, de fenômenos os mais diversos a exprimirem de formas distintas as dificuldades de se representar e processar, com plausibilidade simbólica, questões outrora elaboradas na linguagem do universal: o descrédito das grandes ideologias, a suspeição suscitada pelas categorias totalizadoras (Savater, 1989), a emergência e proliferação de *identidades restritas* (Zermeño, 1987), o desencanto da política (Tenzer, 1990), a multiplicação de formas associativas civis a reivindicarem novos princípios de representatividade (Dagnino, 2002), a proliferação da chamada política da diferença, entre outras manifestações. Nesse elenco há fenômenos em maior ou menor medida recentes, mas sem dúvida a eles também subjazem tendências que obedecem a linhas de mudança de longa duração. De fato, pluralismo, política da diferença, diferenciação social, evolução e incremento da complexidade social, especialização funcional, multiplicação dos sentidos socialmente relevantes, descentramento da

²⁵ Cidadania, igualdade e diferença.

²⁶ Cidadania, igualdade de diferença.

sociedade, nomadismo das identidades, constelações pós-nacionais e patriotismo constitucional são, entre outros, termos de uso crescente nas ciências sociais ao longo da segunda metade do século XX, e, malgrado as controvérsias e até os dissensos irreconciliáveis entre aqueles que os sustentam, em conjunto coincidem em ponto crucial, a saber, que não mais é plausível responder aos problemas do ordenamento político e da integração social como fizeram-no os pensadores oitocentistas; quer dizer, a partir dos pressupostos e categorias ilustrados de teor fortemente universalista, próprios à cidadania moderna.

Não há dúvida de que os dois fatores apontados por Lavallo podem ser transportados para a realidade brasileira, na medida em que a exclusão social do nosso país é causada em grande parte pela ineficácia do Estado em fornecer o mínimo para sobrevivência dos indivíduos.

A noção de uma cidadania que presume igualdade de condições entre os indivíduos é até aceitável em países desenvolvidos, em que o processo histórico favoreceu o surgimento de condições para um amplo exercício da cidadania.

Entretanto, a história do Brasil e da América Latina contribuiu para o contrário, gerando uma gama de indivíduos que se vêem desprovidos dos direitos mais básicos, como menciona WOLKMER (2004, p. 02):

O processo de historicidade na América Latina tem sido caracterizado por uma trajetória construída pela dominação interna e pela submissão externa. Trata-se de uma cultura montada a partir da lógica da colonização, exploração, dominação e exclusão dos múltiplos segmentos étnico, religiosos e comunitários. Uma história de contradições, marcada pelo autoritarismo e violência de minorias e pela marginalidade e resistência das majorias 'ausentes da história', como os movimentos indígenas, negros, camponeses e populares

Como afirmamos no primeiro capítulo, ao Poder Judiciário foi, no plano teórico, dada a função de, através das normas jurídicas, garantir direitos e efetivar a cidadania. O discurso do próprio Poder Judiciário segue essa linha, em que este se auto-intitula como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais do cidadão (veremos isso mais adiante).

O Estado teria assim, como objetivo, assegurar o bem-comum. Não podemos olvidar que o Poder Judiciário integra o Estado e, desta forma, sua missão também seria assegurar conforto e tranquilidade aos que o procuram.

A administração da justiça hoje se encontra nas mãos do Estado e não há como fazermos uma crítica dialética da justiça (e do Direito) sem antes delimitarmos com qual concepção de Estado trabalharemos.

Na história, diversos pensadores se destacaram na análise do que representa o Estado. Traçaremos aqui breves linhas acerca das concepções que nos interessam: as que colocam o Estado como promotor de bem-comum e os que o enxergaram como instrumento de opressão.

Para fins do nosso estudo, nossa discussão se resumirá à análise da visão liberalista, dos ideais marxistas e da visão contemporânea acerca do Estado, da justiça e do Direito, de modo a embasarmos nossa discussão acerca de uma visão desmistificada da justiça.

Feitas essas considerações, continuemos.

Francisco de Vitoria (1483-1546), citado como um dos primeiros humanistas a contrariar o poder universal dos imperadores e da teocracia, dá início a um movimento que, apoiados na noção de direito natural, vai fazer brotar as bases da idéia moderna da relação entre Estado e indivíduo.

O Estado não mais é visto como produto da vontade divina, mas fruto da natureza do Homem, que cria o Estado para sua proteção com a finalidade de garantir o bem comum e bem-estar social, como assevera ZERON (In: Pinsky, 2005, p. 109):

...a noção de direito natural desenvolvida pelos herdeiros quinhentistas do pensamento escolástico (a segunda escolástica) como base de sua reflexão sobre o Estado supõe de certa forma a de indivíduo, pois a apropriação desse direito é individual na medida em que os direitos do homem seriam anteriores a qualquer tipo de organização social. [...] Nesse sentido, podemos compreender o Renascimento como um período de transição (nem ruptura, nem continuidade) entre duas políticas diferentes que convencionamos chamar medieval e moderna.

O fortalecimento do conceito de direito natural baseado na razão marca o início de um repensar sobre o vínculo entre governo e governados.

Cansados do tradicionalismo da Igreja Católica que, durante milênios impôs uma percepção teocêntrica da realidade, inicia-se um movimento que enxerga a razão como fonte dos direitos do Homem. O conhecimento científico foi colocando por terra barreiras que pareciam antes intransponíveis aos seres humanos. MONDAINI, com extrema clareza, vai ao ponto central da questão (In: Pinsky, 2005, p. 116):

Contra um mundo de “verdades reveladas”, assentado no trinômio particularismo / organicismo / heteronomia, construiu-se outro pautado no trinômio universalidade / individualidade / autonomia, no qual a descoberta das verdades depende do esforço criativo do homem. Tal

projeto civilizatório não podia ser conivente com um corpo ético que, de uma parte, recomendava aos trabalhadores pobres do campo a aceitação passiva do sofrimento, uma vez que esta trazia em si a purificação e o caminho seguro dos céus, e que, de outro lado, tranquilizava a consciência dos nobres (e do próprio clero) ao fomentar a virtuosidade de uma vida na mais profunda ociosidade. Uma nova visão de mundo exigia, pois, o severo questionamento dos princípios embaixadores do sistema estamental de privilégios, a mudança revolucionária da percepção de desigualdade entre os homens como fato natural e/ou instituído pela vontade divina e, por isso mesmo, fadado à eternidade.

Esse novo modo de enxergar a realidade altera a percepção histórica da desigualdade entre os indivíduos. O fato dos sujeitos serem naturalmente diferentes entre si não significa que seja natural a manutenção de uma desigualdade social, política e econômica entre eles. Ser cidadão é poder desfrutar dos direitos que a cidade oferece e não apenas se sujeitar aos deveres impostos pelo Estado.

No século XVI, as modificações na economia provocadas pela crise do sistema feudal e a criação de centros urbanos colocaram na berlinda as explicações teológicas dos fenômenos naturais e justificação divina dos processos sociais. O questionamento racional surgia como resguardo do humanismo, com a passagem do Homem para o centro das discussões.

Na Inglaterra do século XVII estoura uma crise entre a Monarquia e o Parlamento, que passa por duas fases: a Revolução Puritana de 1640 e a Revolução Gloriosa de 1688. Ambas resultam na chamada Revolução Inglesa, considerada a primeira Revolução Burguesa da História (150 anos antes da Revolução Francesa), abrindo espaço para o surgimento do regime capitalista, através da substituição da agricultura pela produção industrial, bem como pela modernização dos meios de transporte e agilização do escoamento da produção.

Dentro desse cenário, era necessária a elaboração de novas idéias que visassem a acabar com as teorias que atribuíam ao divino a legitimação do regime absolutista.

O avanço do saber científico exigia idéias com argumentos racionais que pudessem autenticar, por assim dizer, a presença do Estado Absolutista, marcado e definido por Luís XIV, o Rei-Sol, quando este disse: "L'État c'est moi" (o Estado sou eu).

Nessa esteira, o filósofo inglês Thomas Hobbes afirma que a origem do Estado está em um contrato firmado entre os indivíduos, mediante um pacto que estabeleceria as normas de convívio social e sujeição política. Esse “contrato social” instituído pelos Homens tinha por objetivo retirar os mesmos do “estado de natureza” como alegou HOBBS (1983, p. 78):

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.

O estado de natureza era uma situação aonde os Homens eram completamente livres. Contudo, não havendo mecanismos para conter suas ações, cada um agiria conforme seu desígnio, em um caos generalizado, numa espécie de guerra em que “um homem é o lobo do outro homem”.

O instinto de autopreservação exige o domínio sobre os outros homens como forma de segurança, tendo em vista que no estado de natureza havia o direito natural à autoconservação.

Não havendo uma entidade superior que controlasse as vontades e desejos dos homens, a única saída razoável seria cada um lutar apenas por si próprio, investindo contra os outros para não ser atacado. Dessa forma, o conflito e a luta são escolhas racionais no estado de natureza, o que cria um estado natural de terror, como ressalta LYRA (2007, p. 37-38):

A vida dos homens em estado de natureza se caracteriza por sua extrema instabilidade e, por essa razão, não aproveita a ninguém, não podendo assim, persistir indefinidamente. De fato, a insegurança total em que vivia a espécie humana a impedia de progredir, de produzir mais e melhor para assegurar um crescente conforto e a satisfação, em condições sempre superiores, de suas necessidades. Realmente, sem segurança não pode haver progresso, que exige tranqüilidade, ordem e paz, garantidores da estabilidade necessária para o desenvolvimento das atividades produtivas, assim como o aperfeiçoamento cultural e espiritual dos homens. Por outro lado, a persistência do estado de guerra ameaçava conduzir, aos poucos, a humanidade a uma chacina coletiva, que poderia implicar no seu próprio desaparecimento. Diante dessa perspectiva, cada homem sente necessidade, no seu próprio interesse, de refrear a propensão natural ao egoísmo, que o leva ao extravasamento incontido de suas paixões. Trata-se, pois, para evitar o pior – isto é, a perda de todos os bens e a morte violenta -, de sublimar suas tendências egoístas em proveito de um comportamento racional. Este comportamento, fruto não de uma atitude imediatista, mas da reflexão, baseada na experiência, terá em conta o bem-estar dos outros homens como única forma de garantir a todos a segurança e a paz e, com ela, o ambicionado conforto e progresso materiais.

Assim, sendo a ameaça à vida uma constante, os homens resolvem, racionalmente, mediante um contrato, abrir mão de sua liberdade e individualidade e colocá-las sob o abrigo de um terceiro. Este terceiro seria o Estado que, para Hobbes, surge como um contrato de associação.

Entretanto, como os homens estão naturalmente propensos ao egoísmo, Hobbes defende que o Estado seja um Leviatã, monstro bíblico presente no Livro de Jó, governando sob o regime do medo, tendo o Estado plenitude de poderes para dispor dos indivíduos e de seus bens. O Estado somente conhece limites em si mesmo, controlando, inclusive, o direito à propriedade, como afirma RIBEIRO (In: Weffort, 2005, p. 72):

O conforto em grande parte, deve-se à propriedade. A sociedade burguesa, que no tempo de Hobbes já luta para se afirmar, estabelece a autonomia do proprietário para fazer com seu bem o que bem entenda. Na Idade Média, a propriedade era um direito limitado, porque havia inúmeros costumes e obrigações que a controlavam. Por exemplo, o senhor de terras não podia impedir o pobre de colher espigas, ou frutas, na proporção necessária para saciar a fome. Se havia um servo ligado à gleba, nem este podia deixá-la, nem o senhor podia expulsá-lo para dar outro uso à terra. Mas, nos tempos modernos, o proprietário adquire o direito não só ao *uso* do bem e de seus *frutos* (que somam-se na palavra *usufruto*), como também ao *abuso*: isto é, o direito de alienar o bem, de destruí-lo, de vendê-lo ou dá-lo. Hobbes reconhece o fim das velhas limitações feudais à propriedade – e nisso ele está de acordo com as classes burguesas, empenhadas em acabar com os direitos das classes populares à terra comunal ou privada – mas, ao mesmo tempo, estabelece um limite muito forte à pretensão burguesa de autonomia: todas as terras e bens estão controlados pelo soberano.

Hobbes alega que o soberano deve distribuir a terra de acordo com a sua vontade e não da forma com que os súditos acharem correto. Considerando que tudo que o Estado faz deve ser visto com o propósito de manter a paz e que esta tarefa foi confiada pelos súditos àquele, estes não mais têm legitimidade para decidir como se fará a concessão de terra.

Em Hobbes, o Leviatã é o símbolo de Estado cujo poder é absoluto.

Devido a esta forma de pensar, os ideais de Hobbes não cairão nas graças da burguesia, que, buscando ampliar suas posses, enxerga a propriedade como um direito anterior e superior ao Estado.

Além desse fato, cumpre destacar que, não obstante o Estado edificado por Hobbes ser arquitetado de forma racional pelos indivíduos com o objetivo de garantir a paz e a harmonia, o pacto social firmado acaba por legitimar um

poder despótico, cujas decisões não podem ser questionadas pelos súditos, como bem frisa LYRA (1989, p. 41-42):

Na realidade, a onipotência de tal Estado, que ele próprio assemelhou a um Leviatã, conduz à escravidão total dos indivíduos. Enquanto que seus dirigentes – cujos atos e decisões, por mais antipopulares que sejam, não podem ser questionados – serão levados a se preocupar, não com o bem-estar de todos, mas sobretudo com o dos grupos e classes, que, beneficiando-se de sua política, garantam o necessário respaldo social a sua atuação. Desta forma, o Estado idealizado por Hobbes, baseado em um poder ditatorial, degenerará em instrumento de insegurança e de infortúnio para a maioria da população, quer dizer, exatamente o contrário do que havia sonhado o célebre matemático e cientista político inglês. Instrumento de insegurança, na medida em que o uso arbitrário dos poderes conferidos ao soberano conduz à insatisfação permanente da sociedade, já que quaisquer membros são destinatários potenciais do exercício daqueles poderes, e, conseqüentemente, poderão a qualquer momento e por motivo, serem atingidos pelos seus atos. Instrumento de infortúnio e exploração, pelo fato de que o poder do Estado tem um conteúdo social, preciso e não genérico, como entende Hobbes, sendo apanágio das classes economicamente dominantes. A concepção hobbesiana de pacto social, por definição alérgica a qualquer tipo de participação dos cidadãos nos destinos do Estado, somente pode consistir num empecilho à luta travada pela construção de uma ordem social autenticamente justa e democrática. Ela inspira, até os nossos dias, a justificação ideológica dos regimes autoritários, os quais, invocando a defesa do sacrossanto princípio da segurança nacional e da paz social, visam na realidade preservar estruturas sociais fundadas na opressão.

John Locke, por sua vez, estava em maior sintonia com os ideais burgueses. Defensor do jusnaturalismo, seu pensamento apresenta bastante semelhança com o pensar hobbesiano, tendo em vista que ambos falam em um estado de natureza anterior ao contrato social.

Contudo, no estado de natureza de Locke, os homens gozam de uma relativa paz, munidos de razão e providos de vida, liberdade e bens, que para Locke, eram direitos naturais do Homem.

Para Locke o homem é sociável por natureza, não sentindo a necessidade de autoridades para assegurar a tranqüilidade, na medida em que agiam conforme a razão, vivendo em harmonia e resolvendo racionalmente os conflitos que surgiam.

Se os homens já vivem em um clima de conforto e liberdade, por qual motivo, então, surge o Estado? Em Locke, a questão gira em torno da propriedade. Diz LOCKE (1983, p. 71):

Sendo os homens, conforme dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à

liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiveram e desfrutando da maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais; ficam como estavam na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos.

O direito de propriedade, tão defendido por Locke, era, segundo este, fundamentado no trabalho. Tendo em vista que a terra tinha sido uma concessão divina, distribuída de forma equânime a todos os homens, ao se esforçar e aplicar a força de seu trabalho à terra intocada, transformando-a em solo produtivo, ela (a terra) se tornava propriedade do indivíduo e somente sua, não tendo nenhuma outra pessoa direito sobre ela.

Nesse sentido, surge o Estado, como guardião e protetor do direito à propriedade, que objetiva impedir a acumulação injusta de propriedade, despertada pela cupidez, como aduz LYRA (2007, P. 55):

Assim, a pobreza de muitos e a riqueza de uns poucos geram a cobiça e a frustração dos deserdados (TEIXEIRA, 1995, p. 52). Um processo tal multiplica os atritos e os desentendimentos, ameaçando por em xeque a estabilidade vigente. A criação do Estado, com a nomeação de juízes imparciais; de um Parlamento que legisla de acordo com as leis naturais, fiscalizando o Governo, e de um Executivo que garanta a aplicação dessas leis e das decisões judiciais, propicia a todos mais estabilidade e segurança, enquanto a vida continua muito próxima do estado de natureza (LOCKE, 1978, p. 84). As leis naturais protegem, em primeiro lugar, a propriedade dos indivíduos – a base de tudo o que é justo - de vez que, em sua origem, ela não pressupõe nenhuma relação entre os homens, sendo anterior à construção da sociedade civil. A constituição do Estado tem por objetivo a garantia do direito de propriedade e dos demais direitos que, por serem naturais, tornam ilegítimas quaisquer normas jurídicas que impeçam seu exercício.

Como se percebe, enquanto que para Hobbes a propriedade era concedida os indivíduos pelo Estado-Leviatã após a instituição deste (que também podia anular a concessão), em Locke o direito de propriedade é um direito natural anterior ao Estado, já estando presente no estado de natureza, não podendo ser desrespeitado pelo Estado.

Para Locke, o contrato social é uma forma de garantir legalmente esse direito de propriedade, tendo em vista que, apesar da relativa paz do estado de natureza, não havia garantia contra possíveis abusos.

Enquanto que em Hobbes o contrato social é na verdade um pacto de sujeição ao Estado-Leviatã em que existe a troca de liberdade por proteção e segurança, em Locke o contrato social é um pacto de anuência, de consentimento, aonde, de forma livre, os indivíduos convergem no ideal de preservação dos direitos que já desfrutavam no estado de natureza.

O consentimento tem que ser livre e deve ser renovado periodicamente, não sendo o Estado uma entidade com poderes ilimitados e absolutos, como era em Hobbes. Em Locke, a relação entre indivíduo e Estado era feita na base da confiança. Caso o Estado ferisse os direitos naturais, o povo poderia estabelecer um novo Estado.

Locke acreditava ainda que o Poder Legislativo estava acima do Poder Executivo e do Poder Federativo (responsável pelos negócios internacionais), como bem resume MELLO (In: Weffort, 2005, p. 87):

Em suma, o livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, o livre consentimento da comunidade para a formação do governo, a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do executivo pelo legislativo e o controle do governo pela sociedade, são, para Locke, os principais fundamentos do estado civil.

Em um regime baseado nos limites legais das autoridades, qualquer ato contra tais limites se consubstancia em opressão, podendo o povo exercer seu direito de resistência.

Locke acreditava no Estado mínimo, que assegura o pleno exercício dos direitos e se intromete o menos possível na ordem econômica e social, atribuindo aos indivíduos o direito de usufruir de forma integral tudo o que foi obtido mediante seu esforço.

Apesar de parecer justo, o pensamento lockeano termina excluindo ou diminuindo os direitos dos que não se encontram inseridos no mercado e dos que exercem funções consideradas inferiores, como cita LYRA (2007, p. 58-59):

Os trabalhadores pobres, eram, para Locke, incapazes do uso pleno da razão. Tal concepção se encaixa em “uma suposição comum no século XVII de que a classe operária era uma classe à parte, que pouco ou nada contava como parte da sociedade civil” (MACPHERSON, 1979, p. 17). Esta forma de representar a pobreza, marcadamente ideológica, serve como justificativa para privar as classes oprimidas da possibilidade de virem a ameaçar, como exercício da cidadania, a ordem capitalista-liberal. O voto censitário, que vigorou em muitos países até o século dezenove, é a expressão acabada desta ideologia. Alegava-se que os trabalhadores, absorvidos permanente pela busca,

sempre penosa, da satisfação de suas necessidades básicas – e, também, pouco instruídos e mentalmente limitados – não teriam condições e interesse em participar da sociedade política.

Para Locke, deve ser assegurado ao indivíduo a possibilidade de buscar, sem interferências, suas metas e objetivos, tendo a justiça natureza retributiva, já que cada um será recompensado proporcionalmente pela sua capacidade produtiva.

Todavia, como aduz MELLO (In: Weffort, 2005, p. 87), por trás desse pensamento havia uma ideologia de exclusão, gerada pela acumulação da propriedade baseada na capacidade monetária do indivíduo:

Se a propriedade era instituída pelo trabalho, este, por sua vez, impunha limitações à propriedade. Inicialmente quando “todo mundo era como a América”, o limite da propriedade era fixado pela capacidade do ser humano. Depois, o aparecimento do dinheiro alterou essa situação, possibilitando a troca de coisas úteis, mas perecíveis, por algo duradouro (ouro e prata), convencionalmente aceito pelos homens. Com o dinheiro surgiu o comércio e também uma nova forma de aquisição da propriedade, que, além do trabalho, poderia ser adquirida pela compra. O uso da moeda levou, finalmente, à concentração da riqueza e à distribuição desigual dos bens entre os homens. Esse foi, para Locke, o processo que determinou a passagem da propriedade limitada, baseada no trabalho, à propriedade ilimitada, fundada na acumulação possibilitada pelo advento do dinheiro. A concepção de Locke, segundo a qual, “é na realidade o trabalho que provoca a diferença de valor em tudo quanto existe”, pode ser considerada em certa medida, como precursora da teoria do valor-trabalho, desenvolvida por Smith e Ricardo, economistas do liberalismo clássico.

Desta forma, o direito à resistência não era da maioria da população (operários pobres, escravos etc.), que não detinha cidadania política, mas dos proprietários de terra e grandes comerciantes, como assevera LYRA (2007, p. 62):

Para Locke, e para os liberais, quem é o oprimido, e o opressor? Resistir à opressão significa, para a burguesia, opor-se, inclusive pela revolução, a qualquer regime que ponha em causa as bases de sua dominação, tais como asseguradas pelo Estado Liberal. Tal resistência não concerne à grande maioria do povo (escravos, servos, trabalhadores pobres), a quem Locke não reconhecia a cidadania política. E, na interpretação de muitos autores, nem mesmo a condição de integrante da sociedade civil. Ademais disto, o Estado liberal não confere a estes excluídos, sequer, o direito a organizar-se para lutar coletivamente por melhores salários e condições de vida. Com efeito, sendo o sistema econômico baseado no direito à propriedade, tida como natural e inviolável, considerava-se crime as ações dos trabalhadores, tais como as greves e o ativismo sindical, tendo em vista que estes atingiam, na ótica liberal, a liberdade de contrato entre as duas partes, os proprietários e os trabalhadores. Da mesma forma, as liberdades preconizadas pela burguesia não alcançaram os povos colonizados, sob o pretexto ideológico de que não estavam preparados para a sua independência. Em conclusão, a resistência à opressão se

restringe à luta da burguesia e de seus aliados contra os que agem, na gestão do Estado, de modo a contrariar os seus interesses, assim como a forma de Estado e de regime jurídico que expressa a sua concepção de propriedade, de cidadania e liberdade.

Assim como os jusnaturalistas, Rousseau alicerça sua obra na crença da existência de um estado de natureza. Todavia, no estado de natureza de Rousseau, os homens são felizes e vivem em perfeita harmonia, não representando um estágio da humanidade em que existem aflições a serem sobrepujadas pela formação de uma associação civil.

No prefácio de *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos das Desigualdades entre os Homens*, ROUSSEAU afirma (1978, p. 235):

É do Homem que devo falar e a questão que examino me diz que vou falar a homens pois não se propõem questões semelhantes quando se tem medo de honrar a verdade. Defenderei, pois, com confiança, a causa da humanidade perante os sábios que me convidam a fazê-lo e não ficarei descontente comigo mesmo se me tornar digno do meu assunto e de meus juízes.

Analisando o primeiro espécime humano, ROUSSEAU diz (1978, p. 238):

Vejo-o fartando-se sob um carvalho, refrigerando-se no primeiro riacho, encontrando seu leito ao pé da mesma árvore que lhe forneceu o repasto e, assim, satisfazendo a todas as suas necessidades. A terra abandonada à fertilidade natural e coberta por florestas imensas, que o machado jamais mutilou, oferece, a cada passo, provisões e abrigos aos animais de qualquer espécie.

Rousseau critica o pensamento de Hobbes, afirmando que o instinto de conservação do homem não o leva a criar um estado de caos e guerra, lutando uns contra os outros. Para Rousseau, a necessidade de sobrevivência não desperta no homem a vontade de dominação.

Enquanto Hobbes via no estado de natureza qualidades inatas negativas tais como perversidade, maldade e egoísmo, Rousseau acredita que o ser humano possui como substrato natural a capacidade de fazer o bem, expressada, por exemplo, no instinto maternal de proteção.

Para Rousseau, o indivíduo não tinha a necessidade natural de se associar, já que a busca por sobrevivência levava os homens a um estado de solidão e isolamento, mas como já dito anteriormente, não havia violência entre os indivíduos, que se contentavam em satisfazerem suas necessidades vitais elementares. Assevera ROUSSEAU sobre o homem primitivo no estado de natureza (1978, p. 244-245):

Sua imaginação nada lhe descreve, o coração nada lhe pede. Suas módicas necessidades encontram-se com tanta facilidade ao alcance da mão e encontra-se ele tão longe do grau de conhecimento necessário para desejar alcançar outras maiores que não pode ter nem previdência, nem curiosidade. O espetáculo da natureza, por muito familiar, torna-se-lhe indiferente; é sempre a mesma ordem, são sempre as mesmas revoluções; não possui espírito para espantar-se com as maravilhas e não é nele que se deve procurar a filosofia de que o homem tem necessidade para saber observar por uma vez o que sempre viu. Sua alma, que nada agita, entrega-se unicamente ao sentimento da existência atual sem qualquer idéia do futuro, ainda que próximo, e seus projetos, limitados como suas vistas, dificilmente se estendem até o fim da vida.

No estágio inicial do estado de natureza os homens não se associavam, a não ser quando surgiam circunstâncias que prenunciavam um mal comum a determinado grupo. Entretanto, com o fim da ameaça, os indivíduos se dispersavam e regressavam à condição de seres solitários. Sem nenhuma noção a não ser a de autoconservação, não havia percepção de bem e de mal, vivendo o homem em estado de amoralidade.

Dotado de inteligência, o homem, numa etapa posterior, passa a construir apetrechos para sua defesa, buscando se proteger dos fenômenos naturais, além de abandonar seu estilo errante de vida mediante acomodação em locais definidos e determinados, como cavernas.

Com o passar do tempo, diz Rousseau, os indivíduos vão paulatinamente se agrupando em várias tribos, constituindo territórios ligados por laços culturais e consuetudinários. A partir dessa associação, surge, naturalmente, um senso de fraternidade e sentimento de solidariedade entre os homens, além da felicidade. O número de indivíduos aumenta, famílias são constituídas. Aduz ROUSSEAU (1978, p. 262-263):

O hábito de viver junto fez com que nascessem os mais doces sentimentos que são conhecidos do homem, como o amor conjugal e o amor paterno. Cada família tornou-se uma pequena sociedade, ainda mais unida por serem a afeição recíproca e a liberdade os únicos liames e, então, se estabeleceu a primeira diferença no modo de viver dos dois sexos, que até aí nenhuma apresentavam. As mulheres tornaram-se mais sedentárias e a acostumaram-se a tomar conta da cabana e dos filhos, enquanto os homens iam procurar a subsistência comum. Os dois sexos começaram, assim, por uma via um pouco mais suave, a perder alguma coisa de sua ferocidade e de seu vigor. Mas, se cada um em separado tornou-se menos capaz de combater as bestas selvagens, em compensação foi mais fácil reunirem-se para resistirem em comum. Nesse novo estado, numa vida simples e solitária, com necessidades muito limitadas e os instrumentos que tinham inventado para satisfazê-las, os homens, gozando de um lazer bem maior, empregaram-no na obtenção de inúmeras espécies de comodidades desconhecidas por seus antepassados; foi o primeiro jugo que, impensadamente, impuseram a si mesmos e a primeira fonte

de males que prepararam para seus descendentes, pois, além de assim continuarem a enfraquecer o corpo e o espírito, essas comodidades, perdendo pelo hábito quase todo seu deleite e degenerando ao mesmo tempo em verdadeiras necessidades, a privação se tornou muito mais cruel do que doce fora sua posse, e os homens sentiam-se infelizes por perdê-las, sem terem sido felizes por possuí-las

Alianças e o sentimento de afeição avultam o potencial humano de melhorar sua qualidade de vida e trazem progressos no bem-estar dos indivíduos. É a chamada “Idade de Ouro” que chegou ao fim, segundo ROUSSEAU (1978, p. 263-265):

À medida que as idéias e os sentimentos se sucedem, que o espírito e o coração entram em atividade, o gênero humano continua a domesticar-se, as ligações se estendem e os laços se apertam. Os homens habituaram-se a reunir-se diante das cabanas ou em torno de uma árvore grande; o canto e a dança, verdadeiros filhos do amor e do lazer, tornaram-se a distração, ou melhor, a ocupação dos homens e das mulheres ociosos e agrupados. Cada um começou a olhar os outros e a desejar ser ele próprio olhado, passando assim a estima pública a ter um preço. Aquele que cantava ou dançava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais astuto ou o mais eloqüente, passou a ser o mais considerado, e foi esse o primeiro passo tanto para a desigualdade quanto para o vício; dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo, e, de outro, a vergonha e a inveja. A fermentação determinada por esses novos germes produziu, por fim, compostos funestos à felicidade e à inocência. [...] ...desde o instante em que um homem sentiu necessidade do socorro de outro, desde que se percebeu ser útil a um só contar com provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas transformaram-se em campos aprazíveis que se impôs regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e crescerem nas colheitas.

O homem aprimora seus instrumentos e passa a controlar a natureza, retirando do ambiente, através da metalurgia e da agricultura, os recursos para a sua subsistência. O cultivo da terra origina a sua partilha. O indivíduo que cuida da sua gleba mediante seu trabalho adquire sobre a terra o sentimento de posse, culminando assim com o que Rousseau qualifica como primeiro progresso para a desigualdade entre os homens: a invenção da propriedade privada. Os mais aptos para o labor produzem mais e a geração de riquezas faz surgir o desejo por mais bens materiais. Inevitavelmente os indivíduos se dividem em ricos e pobres e os sentimentos mais negativos como cobiça e inveja aparecem.

A competição pelo direito de usar, gozar e usufruir da terra e de seus produtos coloca a coletividade em um estado caótico, como afirma ROUSSEAU (1978, p. 268):

A sociedade nascente foi colocada no mais tremendo estado de guerra; o gênero humano, aviltado e desolado, não podendo mais voltar sobre seus passos nem renunciar às aquisições infelizes que realizara, ficou às portas da ruína por não trabalhar senão para sua vergonha, abusando das faculdades que o dignificam. Não é possível que os homens não tenham, afinal, refletido sobre tão miserável situação e as calamidades que os afligiam. Os ricos, sobretudo, com certeza, logo perceberam quanto lhes era desvantajosa uma guerra perpétua cujos gastos só eles pagavam e na qual tanto o risco da sua vida como o dos bens particulares eram comuns. Aliás, qualquer que fosse a interpretação que pudessem dar às suas usurpações, sabiam muito bem estarem apoiadas unicamente num direito precário e abusivo e que, tendo sido adquiridas apenas pela força, esta mesma poder-lhes-ia arrebatar-las sem que pudessem lamentar-se. Os enriquecidos só pela indústria não podiam basear sua propriedade em melhores títulos. Por mais que dissessem: “Fui eu quem construiu este muro; ganhei este terreno com meu trabalho”, outros poderiam responder-lhes: “Quem vos deu as demarcações, por que razão pretendeis ser pago a nossas expensas, de um trabalho que não vos impusemos? Ignorais que uma multidão de vossos irmãos perece e sofre a necessidade do que tendes a mais e que vos seria necessário um consentimento expresso e unânime do gênero humano para que, da subsistência comum, vos apropriásseis de quanto ultrapassasse a vossa?”

Sem argumentos para legitimar a propriedade privada, que não poderia ser intitulada como direito natural e que vinha sendo motivo de guerras e disputas entre os homens, tornando a sua manutenção dispendiosa, os mais abastados propõem a criação de uma autoridade superior, capaz de governar mediante a instituição de leis sensatas e prudentes, protegendo e defendendo todos os associados dos seus inimigos comuns, garantindo a paz e a harmonia.

Rousseau atesta que tal proposição foi uma armadilha, tendo em vista que os homens mais incultos, no afã de garantir sua liberdade, ficaram encantados pela idéia de um poder supremo protetor, sendo que a lei surge para desmascarar a força. Afirma ROUSSEAU (1978, p. 269-270):

Todos correram ao encontro de seus grillhões, crendo assegurar sua liberdade, pois, com muita razão reconhecendo as vantagens de um estabelecimento político, não contavam com a suficiente experiência para prever-lhe os perigos: os mais capazes de pressentir os abusos eram precisamente aqueles que contavam aproveitar-se deles, e até os prudentes compreenderam a necessidade de resolverem-se a sacrificar parte de sua liberdade para conservar a do outro, como um ferido manda cortar um braço para salvar o corpo. Tal foi ou deveu ser a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram irremediavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fizeram de uma usurpação sagaz um direito irrevogável e, para lucro de alguns ambiciosos, daí por diante sujeitaram todo humano ao trabalho, à servidão e à miséria.

Neste parágrafo, encontramos o Princípio afirmado por Rousseau na sua obra *Do Contrato Social*, quando este diz que (1979, p. 22) “o homem nasce

livre, e por todas as partes encontra-se a ferros”. Todavia, na citada obra, a proposta de Rousseau é formular como a ação política se desenvolve no plano do dever-ser, ao contrário do que fez anteriormente nos *Discursi*, quando arquitetou no plano hipotético a história da humanidade.

Enquanto que nos *Discursi*, Rousseau demonstra como ocorreu a passagem da perda da liberdade e da legitimação da servidão, no *Contrato Social* Rousseau pretende estabelecer um pacto legítimo, em que os homens não trocam sua liberdade natural pela servidão, mas pela liberdade civil. Afirma ROUSSEAU (1978, p. 32):

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim, tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de modo que, embora talvez jamais enunciada de maneira formal, são as mesmas em toda a parte, e tacitamente mantidas e reconhecidas em todos os lugares, até quando, violando-se o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela. Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um, dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais.

Rousseau deixa claro agora que o pacto formado assegura a legitimidade do corpo soberano instituído, tendo o vista o Princípio da Igualdade. A máquina política criada tem obrigação de realizar a vontade de seus criadores, devendo, inevitavelmente, realizar os fins para os quais foi criada, sob pena de perder sua legitimidade.

O contrato social firmado, dessa vez, enumera todas as circunstâncias, situações e condições para que a liberdade civil ocorra de forma plena. Tendo em vista que o povo, além de participar do processo legislativo através da produção das leis, também tem que seguir e respeitar as normas geradas, existe uma ligação íntima entre liberdade e sujeição do indivíduo ao corpo político. O povo obedece a si mesmo, através da obediência a uma vontade geral, não se submetendo ao controle de um indivíduo ou grupo específico.

Rousseau assevera ainda que o Estado deve estar sempre a serviço do povo, que teria a capacidade de limitar o poder e a autoridade da máquina estatal. O Estado não pode ser um poder supremo, o soberano.

O Estado em Rousseau pode ser resumido nas palavras de LYRA (2007, p. 76-77):

Do estudo do Contrato Social depreende-se que o Estado que nele se alicerça é, por natureza, um instrumento de liberdade, e que esta só pode ser considerada verdadeira quando limitada pelo bem comum. A vida em sociedade é, pois, incompatível com o pleno exercício dos direitos soberanos de cada um de seus membros. A superação deste conflito entre a liberdade individual e a liberdade coletiva é a questão que Rousseau se propõe a resolver. De que forma, garantindo a cada cidadão, através do pacto social, a possibilidade de tudo fazer, desde que não prejudique outrem. Dessarte, os limites estabelecidos ao pleno exercício dos direitos e liberdades individuais serão aqueles que permitam a todos os membros da sociedade o exercício e o gozo desses mesmos direitos e liberdades. Tais limites são estabelecidos pela lei, isto é, pela Constituição, materialização do pacto social abstrato proposto por Rousseau, cabendo ao Estado funcionar como árbitro imparcial de sua aplicação. [...] A análise do Contrato Social nos permite igualmente constatar que, para Rousseau, a única espécie de Estado legítimo é de natureza profundamente democrática, vez que o poder social somente é considerado válido enquanto emanação da vontade geral, cerne do poder soberano.

Isto posto, para Rousseau não é possível a separação feita pelos teóricos liberais entre indivíduo e Estado, pois este pressupõe uma participação atuante do indivíduo na sociedade.

As principais críticas acerca do contrato social giram em torno do seu caráter abstrato, tendo ordem subjetiva, que não se materializa historicamente, como bem destaca LYRA (2007, p. 45):

Os partidários da teoria do contrato social concebem-no como uma abstração lógica, que parte de uma hipótese – a inexistência de sociedade, governo e leis na época primitiva – para concluir que, sem tais instituições, não é possível haver progresso nem paz entre os homens. [...] A tese básica da corrente contratualista, referente à efetivação de um contrato livremente aceito por todos os homens – mesmo os de índole democrática... é questionável. Com efeito, tais pactos não são fruto da vontade livremente manifestada de indivíduos isolados, que decidem formar uma sociedade e organizar o Estado para garantir a todos segurança e progresso.

Após tais considerações, fecha LYRA (2007, p. 45) a sua análise, ressaltando que

Ao contrário, hoje sabemos que a sociedade resulta da *práxis* social, que impõe aos homens, através do trabalho, a mais estreita colaboração para que estes obtenham os seus meios de existência. Portanto é a *práxis* social que determina o conteúdo da vontade humana em função das condições materiais em que se exerce, e não o inverso. Da mesma forma, o conteúdo das cláusulas do contrato – que

alicerça o Estado – assim como o grau de liberdade em que este é concluído, variam com a evolução das condições acima mencionadas. Isso não elimina a liberdade humana, apenas a situa em determinados limites históricos. Todavia, mesmo quando admitem um contrato social, os marxistas sublinham o seu caráter histórico e a força da hegemonia classista, moldando a vontade geral (COUTINHO, 1994, p. 138). Até recentemente, as formas de Estado que se sucederam ao longo do processo histórico se basearam em verdadeiros pactos de servidão, mantidos à custa da utilização arbitrária de meios coercitivos pelo Estado, combinada com a força da ideologia religiosa. Não podem, assim, serem considerados autênticos contratos, pois que estes impõem a livre aquiescência às partes contratantes. [...] Foram sobre tais bases que se organizaram as sociedades, mesmo as mais avançadas, até o final do século XVIII, que coroa a ascensão do capitalismo como modo de produção dominante.

Os ideais dos citados contratualistas serviram de inspiração para a idéia de que todos “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, escrita no primeiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), direitos estes: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão.

Consagraram, assim, os chamados direitos de primeira geração ou liberdades negativas (direitos civis e políticos), que asseguram a não interferência do Estado na vida privada dos indivíduos, salvo para garantir que estes não prejudiquem os direitos alheios, já que liberdade foi definida como o “direito de fazer tudo que não prejudique o outro”, como afirma o art. 4º da anteriormente mencionada Declaração.

O ideal contratualista parte de uma concepção individualista da sociedade, em que o homem (parte) antecede ao todo (Estado), motivo pelo qual os direitos defendidos são estritamente individuais.

Consolidava-se a dicotomia entre o público (Estado) e o privado (sociedade civil) que servirá de base para o pensamento liberal, marca da busca por cidadania no período Liberal, como menciona BEDIN (2002, p. 172):

A luta pela cidadania moderna nasce, assim, de uma ruptura com o Estado moderno em sua versão absolutista e com a arbitrariedade por ele representada, e está estritamente relacionada, neste primeiro momento, com o desenvolvimento de idéias liberais. Esta primeira etapa da luta pela cidadania dá origem à primeira geração de direitos – denominada de direitos civis ou liberdades clássicas. A presente geração de direitos abrange os chamados direitos negativos, ou seja, os direitos estabelecidos contra o Estado. Daí, portanto, a afirmação de Norberto Bobbio de que entre eles estão “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado” (Bobbio, 1992, p. 32).

O enfraquecimento do Absolutismo e o surgimento do chamado Estado de Direito era interessante à burguesia, na medida em que evitava a intervenção do Estado na economia. Nesse contexto, a idéia abstrata de liberdade e igualdade prevista na lei permite ascensão sócio-política da burguesia, já que institui a cultura jurídica necessária para ratificar o modelo liberal proposto, como aduz DALLEGRAVE (1996, p. 78-79):

O modelo jurídico positivista, naquela ocasião, propugnava pela não imiscuição do Estado na relação capital-trabalho. Foi o século dos códigos e dos direitos individuais de cunho egoístico. Era a burguesia que, com o poder, impôs este sistema jurídico, legitimador de sua condição superior e aniquiladora.

Não podemos esquecer que a liberdade sustentada pelo liberalismo de Locke se situa no âmbito da propriedade. Nesse campo, a defesa da liberdade de pensamento e da economia é fundamental para a construção de uma sociedade cuja base é a propriedade privada, sendo o contrato social o meio pelo qual os homens concordam “livremente” em criar a sociedade civil com o objetivo de proteger e manter o direito de liberdade e propriedade.

Para que o modelo liberal de Estado pudesse efetivamente existir, fundamental é o desprendimento dos indivíduos dos laços religiosos, além do estabelecimento de um Estado que interviesse o mínimo possível na economia e, sobretudo, defendesse a propriedade através de leis.

Nesse contexto, crucial a participação de Montesquieu e sua Teoria da Separação dos Poderes. A fórmula de que somente um Poder pode deter outro Poder é essencial para impedir a concentração de atribuições em um único ente, o que é fundamental para coibir intervenções não desejadas do Estado.

Tinha-se a idéia de que o mercado seguia leis próprias e naturais, inabaláveis e perfeitas como as leis da física de Newton. A prosperidade seria o resultado do labor de cada indivíduo, que trabalha objetivando satisfazer seus interesses. O expoente máximo dessa corrente foi Adam SMITH, que em *Riqueza das Nações* diz (Livro IV, capítulo 2):

Todo indivíduo necessariamente trabalha no sentido de fazer com que o rendimento anual da sociedade seja o maior possível. Na verdade, ele geralmente não tem intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o promove. Ao preferir dar sustento mais à atividade doméstica que à exterior, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e, ao dirigir essa atividade de maneira que sua produção seja de maior valor possível, ele tem em vista apenas seu próprio lucro, e neste caso, como em muitos outros, ele é guiado por uma mão

invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E o fato de este fim não fazer parte de sua intenção nem sempre é o pior para a sociedade. Ao buscar seu próprio interesse, freqüentemente ele promove o da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo.

As idéias de pensadores como Locke, Smith e Montesquieu serviam perfeitamente ao fim proposto pelo Liberalismo, na medida em que os direitos naturais colocavam na berlinda a atuação do Estado em diversos setores da vida privada, em especial a propriedade e a economia.

Entretanto, o ideal liberal de que o mercado segue leis próprias e que a desigualdade é decorrência natural e responsabilidade única de cada indivíduo (já que, como todos nascem iguais, o sucesso pessoal é responsabilidade de cada um), significa, em outras palavras, dizer que qualquer tentativa de disciplina jurídica da economia é em vão, devendo o Estado não interferir no processo econômico.

A conseqüência de tal pensamento foi desastrosa, pois, não obstante ter o pensamento liberal permitido o desenvolvimento industrial e o surgimento de inovações tecnológicas que incrementaram os meios de produção, grande parte da população, que se encontrava despida do direito à propriedade, apenas possuía a “liberdade” de vender sua força de trabalho como meio de sobrevivência.

A Revolução Industrial retirou o indivíduo do labor no campo e o inseriu nas fábricas, local em que a mão-de-obra torna-se uma mercadoria que é trocada pelo salário. Todavia, a ausência de uma legislação protetora do trabalhador fez com que este laborasse em condições exploratórias e por salários desproporcionais ao trabalho efetuado. Até mesmo crianças faziam parte do trabalho nas fábricas.

Com a Revolução Industrial o capitalismo se estabelece definitivamente como sistema econômico dominante. Assim, o Liberalismo gera lucro e riqueza, mas gera também uma classe de trabalhadores espoliados dos meios de produção e em situação de miséria.

Como o pensamento liberal é alicerçado na proteção da propriedade privada, não é possível um acordo entre os interesses econômicos da classe dona do capital com os interesses da massa de trabalhadores que vivem em condições precárias.

Ademais, a presunção de igualdade entre os indivíduos acabou por originar um conceito formal de justiça e de Direito, tão abstratos quanto a própria noção de igualdade adotada, em que se presume um estado de harmonia, como afirma CELOS²⁷:

A concepção jurídica tradicional e atualmente hegemônica (liberal-individualista e normativo positivista) é incapaz de resolver os problemas da atual sociedade – complexa e contraditória – e de operar mudanças/câmbios. Ela é insuficiente, porque não olha a realidade, não enxerga as desigualdades materiais; porque propõe uma generalidade e uma abstração que desconhece o componente ideológico; porque apregoa um todo harmônico e logicamente estruturado, acreditando que o Direito está equidistante dos conflitos sociais, e que todos os problemas serão resolvidos pela lei e pelo Estado.

Isto posto, apesar da liberdade proposta pelo Liberalismo ter gerado desenvolvimento econômico, acabou por construir uma massa de trabalhadores espoliada do capital necessário para uma condição digna de sobrevivência.

Enquanto isso, a idéia predominante de justiça era ainda a de uma justiça formal, em que todos são iguais, sendo o sucesso responsabilidade única e própria de cada indivíduo, com o Estado assistindo passivamente o alargamento das desigualdades sociais, já que estas seriam naturais, pois cada um seria responsável pelo seu destino.

Não se questiona que a burguesia exerceu um papel revolucionário, na medida em que criou um modelo de Estado que não mais era dono absoluto do poder, “libertando” os indivíduos da opressão do Estado Feudal.

Contudo, a burguesia, ao passar de classe oprimida pelo Estado Absolutista para classe dominante no Estado Liberal, mudou seu discurso, não mais havendo interesse em modificar a desigualdade gerada pelos ideais liberais, não querendo, por motivos óbvios, perder o controle econômico e político da sociedade, interessando-lhe assim, a manutenção do Estado Liberal e sua idéia de justiça formal e desligada dos fatores condicionantes da desigualdade, como aduz BONAVIDES (2007, p. 40):

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do generalizá-los

²⁷ Considerações sobre uma concepção crítico-dialética e alternativa do direito. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7016/4993>. Acesso em 02/04/2008, 18:02 hrs.

doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda da dialética do Estado moderno.

A burguesia adotava um discurso em que falava em nome de todos, proclamando direitos que na teoria deviam ser usufruídos por toda sociedade, apesar de saber que, na verdade, ela, burguesia (e somente ela) gozava de tais direitos, como bem lembra BONAVIDES (2007, p. 44):

A burguesia acordava o povo, que então despertou para a consciência de suas liberdades políticas. Ali estava um Direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha qualquer idade histórica e se situava fora de quaisquer limitações de pólo, meridiano ou latitude, como se a razão humana quisesse, mais uma vez, zombar da crítica subjacente no amargo ceticismo de Pascal ao prantear as verdades faladas. A escola do direito natural da burguesia racionaliza o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infra-estrutura do grupalismo humano. Fez pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.

As principais críticas ao ideário liberal vêm de duas correntes, uma encabeçada pelo Utilitarismo clássico, desenhado por Jeremy Bentham e Stuart Mill e o Comunismo de Karl Marx.

O Utilitarismo clássico preconizava, dentro de uma moral eudemonista, que o Estado tinha como missão garantir a maior produção de bens e sua distribuição equitativa, tendo em vista que isto ocasionaria a maximização da felicidade das pessoas.

A natureza moral de suas proposições fez com que esta teoria não se revelasse estruturalmente concebível como proposta de diminuir as desigualdades sociais decorrentes do capitalismo industrial.

Já o Comunismo de Karl Marx²⁸ parte do pressuposto de que a desigualdade está inseparavelmente vinculada ao próprio modelo capitalista, ou seja, a solução da desigualdade somente poderia ser alcançada se o capitalismo fosse desarticulado através da atuação da massa trabalhadora.

²⁸ Não é objetivo deste trabalho desenvolver uma análise acerca do marxismo. Aliás, ao longo do tempo o conceito de marxismo ganhou relatividade, já que existem “marxismos”, fruto das mais diversas interpretações da obra de Karl Marx. O que se pretende aqui é fornecer uma perspectiva geral das idéias marxistas para embasar o raciocínio esboçado quando da análise do conceito de justiça.

Após uma análise da filosofia de Hegel, Marx utiliza as categorias hegelianas na construção de sua noção de sociedade, em que o real precede as idéias e não o contrário, como se percebe na seguinte passagem de MARX (1996, vol. 1, p. 140):

A mistificação que a dialética sofre nas mãos de Hegel não impede de modo algum, que ele tenha sido o primeiro a expor as suas formas gerais de movimento, de maneira ampla e consciente. É necessário invertê-la, para descobrir o cerne racional do invólucro místico. Por sua fundamentação, meu método dialético não só difere do hegeliano, mas é também a sua antítese direta. Para Hegel, o processo de pensamento, que ele, sob o nome de idéia, transforma num sujeito autônomo, é o demiurgo do real, real que constitui apenas a sua manifestação externa. Para mim, pelo contrário, o ideal não é nada mais que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem.

Para Marx a história da humanidade era uma luta de classes, que, no capitalismo liberal, era representada pela dualidade burguesia versus proletariado, aquela dona dos meios de produção e detentora da hegemonia social e política, enquanto esta é a classe oprimida, que aliena sua força de trabalho diante da miséria originada pela exploração da mais-valia pelo sistema capitalista.

Ademais, Marx destaca que a Revolução Industrial e a implementação das máquinas retiram do trabalhador a sua qualificação, na medida em que não mais exigem deste uma atividade intelectual no processo de produção. Aduz MARX (1996, vol. 2, p.11):

A máquina, da qual parte a Revolução Industrial, substitui o trabalhador, que maneja uma única ferramenta, por um mecanismo, que opera com uma massa de ferramentas iguais ou semelhantes de uma só vez, e que é movimentada por uma única força motriz, qualquer que seja sua força. Aí temos a máquina, mas apenas como elemento simples da produção mecanizada

A consequência de tal situação seria a divisão social do trabalho em manual e intelectual e a alienação dos trabalhadores em relação do processo produtivo.

Diante da constante espoliação dos seus direitos básicos, a classe trabalhadora percebe sua força revolucionária, se emancipando e tomando o controle econômico e político da sociedade, acabando com a exploração do homem sobre o homem, como bem destaca ALMEIDA (In: Lyra, 2007, p. 96):

No mais pleno vigor do liberalismo possessivo, e apesar de a sociedade liberal possuir uma classe proletária cada vez mais forte, os segmentos burgueses terminam por assumir um papel social e político de caráter conservador. A burguesia abandona o impulso

transformador assumido por ela durante a decadência do feudalismo pelo mesmo motivo que a levou a promover o avanço do Estado moderno: assegurar uma condição econômica política de dominação. Para Marx, sua acomodação política no universo liberal transfere a força revolucionária que a impulsionava em outros tempos para segmentos sociais vítimas da exploração capitalista. Porém, conforme mencionado, ele não pensa em qualquer classe social. “De todas as classes que hoje se põem frente a frente com a burguesia, somente o proletariado é uma classe realmente revolucionária.” (MARX e ENGELS, 1988, p. 26). Os proletários são numerosos, vivem em grandes conglomerados urbanos ao mesmo tempo em que se submetem a níveis de exploração cada vez mais intensos. Motivado pela exploração de sua força de trabalho, o proletariado aparece como uma classe social cujo interesse primeiro consiste no enfrentamento e na posterior superação do domínio político. Para os trabalhadores, o conflito com os detentores dos meios de produção é uma necessidade social. Nesse sentido, a burguesia dá origem aos “homens que irão empunhar” as armas responsáveis por sua própria destruição (MARX e ENGELS, 1988, p. 24). Mas a missão do proletariado é “destruir todas as garantias e seguranças da propriedade individual” (MARX e ENGELS, 1988, p. 27), ou seja, desestruturar os alicerces do capitalismo – superar o seu caráter contraditório (ARON, 2005, p. 53) – e vencer definitivamente o enfrentamento político com a burguesia.

No fim, o conflito é solucionado, surgindo a ditadura do proletariado, em que os trabalhadores instalam o Estado Operário que objetiva sua própria extinção, já que, na visão marxista, o Estado é mais um instrumento de conservação da desigualdade. Aduz ENGELS, criticando a visão hegeliana que via o Estado como mecanismo que assegura a felicidade (1980, p. 191):

O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impõe à sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realidade da idéia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.

Dentro do conflito de classes, o Estado toma partido da classe dominante, sancionando e legitimando a dominação, construindo mecanismos que excluem a efetividade da proposta democrática, como cita ALMEIDA (In: Lyra, 2007, p. 96):

O pensamento político de Marx só pode ser compreendido através de uma análise de conjunto dos postulados por trás do materialismo histórico; é preciso observar as idéias de Marx sobre a específica dinâmica da evolução histórico-social. Nesse sentido, os vários condicionantes econômicos atuam como verdadeiros alicerces da origem e da evolução estatais. Na verdade, “o materialismo histórico vincula a formação do Estado ao desenvolvimento das forças

produtivas, por serem estas que tornam possível a consolidação do excedente, e o seu corolário, o surgimento da estratificação social.” Para Marx o Estado aparece como mecanismo de perpetuação do domínio instaurado pela prevalência de certas classes sociais. Essa perpetuação teve lugar por intermédio do aparato coativo que o Estado utiliza para se impor como instância de emanação do poder político. É sabido que a dominação de uma classe sobre outra e a existência do Estado como mecanismo de afirmação dessa realidade são postulados teóricos defendidos por Marx e Engels. Tanto é assim que eles chegam a dizer que o Poder Público do Estado tenderá a perder o seu caráter político quando da totalidade da produção estiver “concentrada nas mãos de indivíduos associados” (MARX e ENGELS, 1998, p. 45). Afinal – continuam eles –, “o poder político propriamente dito é meramente o poder organizado de uma classe para oprimir outra” (MARX e ENGELS, 1998, p. 45). Em linhas gerais, o Estado representa a necessidade histórica de criação, pela classe dominante, de um poder coordenador e centralizador que unifique e aperfeiçoe os meios de dominação postos à disposição dos interesses minoritários daquela classe. (LYRA, 1989, p. 97).

A miserabilidade da classe trabalhadora gera uma vontade premente de mudança que forma a base material para a revolução que coloca a classe operária na titularidade do Estado. Afirma BARBUY (1963, p. 35):

O proletariado tem de original, segundo o marxismo, não ser uma classe como as demais, que no passado lutaram pelo poder: não pode nem mesmo ser chamado propriamente de classe; ele não é nada, não tem nada; não tem modo de existência; é a negação de tudo quanto já foi categoria histórica, de tudo quanto já foi classe no sentido próprio do termo. É o anonimato absoluto, cujo caráter internacional tem como denominador comum ser a massa dos oprimidos, dos miseráveis, dos que não têm, nem são nada. Sendo a negação de tudo, o proletariado não pode, como as antigas classes dominantes, querer impor um estilo de vida que não possui. Por isso, o advento fatal do proletariado, previsto por Marx (fatal, porque dialeticamente inevitável), significará a destruição de tudo quanto existiu anteriormente, de todos os modelos de vida, de todas as formas de apropriação da riqueza, de todas as garantias de existência individual. É o estabelecimento, dentro de certo prazo, do coletivismo absoluto. Sendo o proletariado a classe mais baixa das sociedades atuais (está quase ao nível do subterrâneo social chamado Lumpenproletariat), quando ele se levantar, não poderá deixar de abater tudo quanto está acima de si. E, segundo a dialética marxista, não depende da vontade de ninguém impedir essa revolução total: porque a contradição burguesia versus proletariado há de chegar a um ponto em que o capitalismo não poderá sequer manter o proletariado como classe oprimida; em todos os tempos passados, ensinam Marx e Engels, os senhores mantiveram os escravos, pelo menos ao nível de subsistência. Mas o capitalismo tem tais leis internas de acumulação e concentração do capital (longamente estudadas por Marx no fim do L. 19 de O Capital), que farão com que o proletariado desça cada vez mais na escala social; segundo o Manifesto, a pauperização gradual tornará completamente impossível a subsistência do proletariado no regime capitalista de produção e, nesse dia, a revolução se dará por si mesma.

Como o Estado representa apenas uma etapa no processo de extinção de classe, quando esta for realizada, o Estado desaparecerá. Todavia, tal desaparecimento é gradual, já que o proletariado necessitado do Estado para

realizar as mudanças que a revolução exige. Seria assim, uma existência temporária com a função política de derrotar a burguesia. Assevera RODRIGUES (2008, p. 42):

Em *A ideologia Alemã* afirma-se que, com o desaparecimento das classes e da exploração, já não seria necessário manter o *aparato estatal*, expressão mais visível do domínio e da opressão de classe. Quando desaparecerem as classes sociais, quando as funções de direção e controle necessárias à produção social perdem o caráter de dominação do homem pelo homem, ou, seja, o seu caráter político, e assumem um caráter apenas técnico-executivo, uma máquina de dominação de classe para exercer a violência organizada de uma classe sobre outra já não seria necessária (ENGELS, 1940). Ainda que Marx, negando a visão anarquista, defenda a continuidade e utilização de um novo Estado durante o primeiro período do socialismo, quando ainda seria necessária uma ditadura proletária de classe para derrotar a reação burguesa, para ele e para Engels, o novo Estado prepararia sua própria desaparecimento e este seria um índice indicador da construção do comunismo (MARX e ENGELS, 1987). Suprimido o Estado, apareceria imediatamente o poder das diversas comunas associadas, as massas populares auto-organizadas. Para Marx, em uma perspectiva histórica, o Estado e exploração capitalista deviam morrer juntos. A sociedade auto-organizada deveria ser tudo, o Estado nada.

Desta forma, antes do comunismo, se impõe uma fase de transição chamada de socialismo ou estágio inferior do comunismo, período de transformação revolucionária e transitório.

Nesse contexto de idéias, justiça e Direito ganham conotações diferentes das preconizadas no liberalismo, não mais sendo vistos como meio de libertação, mas de opressão, já que, na ótica marxista, são empregados como forma de dominação pelo Estado.

Para Karl Marx, o Direito integra a superestrutura e é concebido no desenrolar das forças produtivas. Diz MARX (2003, p. 11):

Na produção social da sua vida os homens contraem determinadas relações necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada fase de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta a superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral. Não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas pelo contrário, o seu ser é que determina a sua consciência. Ao chegar a uma determinada fase de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade se chocam com as relações de produção existentes, ou, o que não é senão a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais se desenvolveram até ali. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações se convertem em obstáculos a elas. E se abre, assim, uma época de revolução social. Ao mudar a base econômica, revoluciona-se, mais ou menos rapidamente, toda a

imensa superestrutura erigida sobre ela. Quando se estudam as revoluções, é preciso distinguir sempre entre as mudanças materiais ocorridas nas condições econômicas de produção e que podem ser apreciadas com a exatidão própria das ciências naturais, e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, numa palavra, as formas ideológicas em que os homens adquirem consciência desse conflito e lutam para resolvê-lo

As idéias de Marx se refletem nas novas teorias jurídicas, que vão condenar o direito burguês. Como na sociedade capitalista o poder econômico é o critério divisor da sociedade em classes, não há como negar a relação entre o econômico e o sistema jurídico burguês, sendo o Direito mais uma via opressora da classe dominante, como afirma PACHUKANIS²⁹ (1979, p. 49):

O direito é um sistema de normas coercitivas sociais que refletem as relações econômicas e sociais de uma dada sociedade e que são introduzidas e mantidas pelo poder do Estado das classes dominantes para sancionar, regular e consolidar estas relações e conseqüentemente para consolidar o seu domínio.

E conclui Pachukanis (*apud* NAVES, 2008, p. 45):

O Direito, considerado em suas determinações gerais, o Direito como forma, não existe somente no pensamento dos juristas eruditos. Ele tem uma história real paralela, que se desenvolve não como um sistema de idéias, mas como um sistema específico de relações no qual os homens entram em conseqüência não de uma escolha consciente, mas porque a isso lhes obrigam as condições de produção. O homem transforma-se em sujeito jurídico por força daquela mesma necessidade pela qual o produto natural se transforma em uma mercadoria dotada de enigmática qualidade de valor.

Cumprir frisar que, assim como o conceito de justiça, o conceito de Direito também é ideológico. Desta forma, a criação de normas “justas” vai variar de acordo com o ponto de vista do feitor da norma, ou seja, “tantas classes, tantos conceitos de Direito”, como brilhantemente resumiu STUTCHKA (2009, p. 75).

A situação decorrente da exploração capitalista denunciada por Marx é a prova viva de que o Estado não conseguiu cumprir o fim preconizado pelos liberais clássicos: garantir e defender a liberdade e igualdade dos indivíduos.

Como assevera RODRIGUES, devemos lembrar que “uma das fontes do marxismo original foi o socialismo francês, do qual Rousseau foi a melhor expressão”, ou seja, Marx acreditava na defesa “da igualdade, fraternidade e solidariedade entre os homens.” (2008, p. 43).

²⁹ Alguns livros utilizam “Pashukanis” no lugar de “Pachukanis”.

Os ideais de Marx abalarão as bases da sociedade de sua época e servirão de alicerce para Lênin e os bolcheviques realizarem a Revolução Russa de 1917, cuja conseqüência histórica marcante foi a criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas em 1922 e a divisão do mundo em dois pólos: capitalista e socialista.

Apesar da citada divisão ter determinado também uma seqüência peculiar de fatos em ambos os pólos no que toca ao papel do Estado e sua relação com os indivíduos, a Revolução Russa de 1917 também é responsável por uma mudança de atitude nos países capitalistas, que tiveram que se adaptar às novas exigências sociais, como lembra RODRIGUES (2008, p. 28):

O advento da Revolução Russa e a constituição da URSS também fizeram o tempo histórico no século XX correr mais rápido, obrigando inclusive o capital a acelerar o passo no Ocidente, tanto no que toca ao ritmo de crescimento de suas economias, quanto às concessões sociais e políticas que foi obrigado a fazer à classe trabalhadora para contrapor-se à “ameaça comunista” e evitar que aquela fosse seduzida pelos avanços sociais que podia ver na União Soviética e em outros países que seguiram um caminho distinto do socialismo. [...] Os bolcheviques acreditavam que rompido um elo, ainda que o mais fraco, toda a cadeia capitalista poderia se romper. No entanto, mais uma vez, a realidade contrariou a previsão. Apesar de sua crise, nos anos que se seguiram à Revolução Russa de 1917, o capitalismo europeu ocidental mostrou-se mais assentado e flexível do que o previsto, a ponto de, com a ajuda da social-democracia, cooptar seu proletariado. O impacto histórico da Revolução Russa sobre o Ocidente não foi o de iniciar uma revolução internacional, mas o de, por um lado, em alguns países, obrigar as burguesias ocidentais a promover reformas institucionais para incorporar a nova classe trabalhadora e seus representantes reformistas, cedendo-lhes parte dos ganhos da produtividade para cooptá-los ou, por outro lado, em outros países, desencadear uma feroz repressão para derrotar a possibilidade de extensão da revolução, casos como o do fascismo italiano e do nazismo na Alemanha. Derrotando pela força ou assimilando o proletariado em sua democracia representativa, o capital demonstrou uma capacidade de sobrevivência maior do que a esperada pelos socialistas no início do século. Assim, uma vez realizada a revolução na Rússia, o socorro do proletariado não chegou, já que a revolução na Europa não vingou.

As concessões feitas aos trabalhadores nos países europeus acalmaram os ânimos do proletariado nestes países, que foram assimilados pelo capital e geraram, assim, um isolamento dos ideais socialistas, fazendo com que o socialismo ficasse restrito a URSS e obrigando Stalin a construir o socialismo em só país, ao contrário do que previa Marx³⁰, como afirma RODRIGUES (2008, p. 49-50):

³⁰ As conseqüências de tal acontecimento já são conhecidas: apesar da proposta socialista ser de retirar a humanidade da miséria causada pela exploração capitalista, o desvirtuamento das idéias de Marx gerou justamente o contrário, como aduz RODRIGUES (2008, p. 35): “O

A possibilidade de que a revolução se iniciasse pela Rússia já havia sido analisada por Marx e Engels (1980, vol. 2, p. 246). Mas para estes, como para os revolucionários russos, seu eventual advento apenas abriria a revolução internacional. O que não foi analisado foi a possibilidade de uma revolução russa ficar isolada. Assim, se já havia pouco elaborado sobre a ordem socioeconômica do socialismo para os países centrais, menos ainda existia como se daria o período de transição em um país atrasado e isolado (HADDAD, 1992). Marx também não podia prever, talvez por sua localização e ótica eurocentrista inevitável, a possibilidade de um “despotismo socialista” (BAHRO, 1980). Ele acabou sua teoria e seus prognósticos a partir do que via e das idéias com as quais tinha contato centralmente na Inglaterra, França e na Alemanha.

movimento comunista se apresentou à humanidade prometendo não apenas solucionar os problemas básicos de sobrevivência material cotidiana dos povos, mas também um mundo no qual toda a exploração e a opressão existentes nas sociedades divididas em classes seriam banidas. O socialismo inauguraria uma sociedade nova, muito mais igualitária e livre que o capitalismo, realizando a emancipação universal da humanidade. Contrariando as expectativas, no entanto, as experiências de construção de um mundo novo em países nos quais revoluções socialistas, a exemplo da URSS, expropriaram o capitalismo durante o século XX revelaram uma grande distância entre o sonho e a realidade, entre a promessa e a realização. Ao contrário da liberdade e da emancipação humana que seriam trazidas pelo socialismo, tais formações, mesmo tendo proporcionado inegáveis avanços econômicos e sociais em patamares não permitidos antes pelo capitalismo, não só não cumpriram a promessa de um mundo de igualdade, sem exploração, como se demonstraram tão ou mais bestiais e opressivas que as mais brutais ditaduras capitalistas da relação entre os homens.” Dessa forma, o chamado socialismo real alterou significativamente a compreensão acerca do termo “socialismo”, que infelizmente ficou ligado ao totalitarismo e à violação dos direitos humanos.

Capítulo 3 – Direito, justiça e ideologia

Na Europa florescem, assim, os chamados direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), característicos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em especial o nascimento das normas referentes às relações de direito do trabalho.

Todavia, é no México, através da Constituição Mexicana de 1917 que se tem o marco inicial dessa nova fase (que surge pela primeira vez, em nosso país, na Constituição Federal de 1934). Assevera BEDIN (2002, p. 173):

As últimas décadas do século XIX e as primeiras décadas do século XX – com a consolidação da chamada Revolução Industrial, com a emergência da classe trabalhadora como força política e sua organização em partidos, com o surgimento dos movimentos socialistas e com as revoluções sociais – estabelecem novos desafios ao Estado moderno. Estes novos desafios passaram a exigir que o mesmo desempenhasse, a partir de então, novas funções, tornando possível, assim, a criação de notáveis recursos de intervenção na organização da sociedade. Com isto, o Estado moderno transformou-se um Estado intervencionista, que será consolidado e aprimorado – ganhando cada vez mais feições sociais – após a segunda guerra mundial. Surge, neste contexto, uma nova versão do Estado moderno: o Estado de Bem-estar Social ou *Welfare State*. O constitucionalismo torna-se, com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição Weimar, constitucionalismo social, sendo reconhecidos também, neste momento, novos direitos – denominados econômicos e sociais (Lafer, 1988).

O Estado agora passa à condição de devedor dos indivíduos, em especial dos trabalhadores e dos oprimidos, devendo agir concretamente para garantir o bem-estar dessas pessoas. O modelo do Estado do *laissez-faire* cede frente ao Estado do Bem-estar social, como lembra BEDIN (2002, p. 173):

Esta geração de direitos compreende os chamados direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade material e de bem-estar social. Estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos contra o Estado ou direitos de participação na formação do poder político, mas sim direitos garantidos através ou por meio do Estado. Não se trata, assim, da emergência de um novo deslocamento da noção de liberdade, por exemplo, como vimos, de não-impedimento para autonomia, mas sim da implementação prática do princípio da igualdade. Por isto, podemos dizer que esta nova geração de direitos representa não uma herança do liberalismo ou do pensamento democrático [...] mas sim um “legado do socialismo” (Lafer, 1988, p. 127). Entre estas prerrogativas encontram-se duas ordens de direitos: 1ª) Os direitos relativos ao homem trabalhador; 2ª) os direitos relativos ao homem consumidor de bens e serviços públicos. Entre os primeiros estão o direito à liberdade de trabalho, o direito ao salário mínimo, o direito à jornada de trabalho de oito horas, direito ao descanso semanal remunerado, o direito à férias anuais, direito à igualdade de salários

para trabalhos iguais, direito à liberdade sindical e direito de greve. Entre os segundos estão o direito à seguridade social, o direito à educação e o direito à habitação.

A crise 1929 e o New Deal de Roosevelt demonstraram que a orientação liberal acerca da economia estava obsoleta e em desacordo com a realidade, na medida em que o modelo estadunidense comprovou que a intervenção estatal na economia era capaz de gerar inúmeros benefícios diante da crise.

Keynes, em 1936, publica *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, em que defende o controle da moeda e do crédito, além de uma política tributária e de seguro social com finalidades econômicas, através do estímulo ao consumo, além do incentivo ao investimento privado, mediante realização de obras públicas de grande porte. Aduz KEYNES em *O fim do laissez-faire*, de 1926 (1983, p. 108):

A mais importante Agenda do Estado não está relacionada às atividades que os indivíduos particularmente já realizam, mas às funções que estão fora do âmbito individual, àquelas decisões que ninguém adota se o Estado não o faz. Para o governo, o mais importante não é fazer coisas que os indivíduos já estão fazendo, e fazê-las um pouco melhor ou um pouco pior, mas fazer aquelas coisas que atualmente deixam de ser feitas.

O pensamento de Keynes influenciou a maioria dos governos nacionais de sua época, teorizando o papel do Estado como agente econômico do sistema capitalista, como assevera BEDIN (2002, p. 179):

A marcante presença das idéias socialistas, a crescente participação do Estado na gestão econômica e as idéias desenvolvidas por John Maynard Keynes convergiram para o mesmo ponto: para a formação e consolidação do Estado de Bem-estar Social e para o reconhecimento e implementação dos direitos econômicos e sociais. [...] O mercado não se constitui em um sistema perfeito, auto-suficiente e dotado de racionalidade como reivindicam os representantes da chamada economia clássica, mas sim em um mecanismo que para funcionar necessita da referência e da intervenção constante da racionalidade política emprestada pela organização estatal. Em outras palavras, aqueles fatores pressupõem também a relativização da crença na Mão invisível do mercado e de sua suposta auto-regulação, bem como o abandono do *status* de pura mercadoria como critério significativo para a alocação de preço e recursos no interior das sociedades capitalistas: a alocação naquele período passa, portanto, a ser mais política e social do que econômica. Temos, assim, uma profunda mudança de concepção sobre o funcionamento do sistema capitalista e o reconhecimento de que somente o Estado pode garantir a concretização da justiça social, da distribuição mais justa da riqueza e o respeito à cidadania da classe trabalhadora – o que, em síntese, gera uma crescente tendência desmercadorizante das diversas esferas das sociedades capitalistas.

Em 1944, enquanto a segunda guerra mundial ainda era travada, durante a Conferência monetária e financeira das Nações Unidas, o acordo de

Bretton Woods fixou regras para as relações financeiras e comerciais entre os países mais desenvolvidos e industrializados do mundo.

Além da criação do BIRD e do FMI, ficou estabelecido que cada país signatário adotaria uma política monetária com o objetivo de manter a taxa de câmbio de suas moedas dentro um valor indexado ao dólar de aproximadamente um por cento. Este, por sua vez, estaria vinculado ao ouro. Em caso de dificuldade, o FMI prestaria socorro.

Os governos totalitários europeus (nazismo e fascismo) e os horrores da segunda guerra foram responsáveis pelos chamados direitos de terceira geração, ou direitos da fraternidade, que reforçam a idéia de universalidade dos direitos humanos.

Contudo, no fim da década de 1960 o Estado do Bem-estar social começa a entrar em crise, tendo em vista que os gastos estatais começam a superar as receitas arrecadadas. A crise do Petróleo de 1973 aumenta a crise e o acordo de Bretton Woods é desfeito.

No Chile, Pinochet e os “Chicago boys” abriram o mercado e privatizaram a economia. Nos EUA, Reagan e na Inglaterra, Thatcher, diminuem a intervenção estatal na economia, privatizando serviços e defendendo o neoliberalismo globalizante e preconizando que a economia mundial recuperaria normalmente o seu vigor através da livre competição dos mercados. Sobre essa fase transição discorre BEDIN (2002, p. 180):

O início dos anos setenta do século passado é o momento mais significativo das suas primeiras dificuldades e do início do refluxo daquela trajetória crescente social e democrática. Primeiras dificuldades e início do refluxo estes que são fruto, entre outros fatores, da profunda estagnação econômica das sociedades capitalistas daquele período, da elevação dos índices de inflação e da primeira grande crise do petróleo. [...] Foi uma crise que produziu uma notável virada histórica e uma grande mutação nas sociedades contemporâneas. Em relação à referência à grande mutação, queremos indicar principalmente que ela gerou o desenvolvimento de um novo padrão tecnológico – baseado nas descobertas da microeletrônica e nos avanços da informática – e um novo modelo de produção – denominado modelo toyotista. Em relação à notável virada histórica, queremos dizer que aquela crise levou, por um lado, a uma crescente relativização das idéias socialistas, a uma forte crítica da participação do Estado na economia e à refutação das principais teses desenvolvidas por John Maynard Keynes – ou seja, conduziu ao abandono de tudo aquilo que estruturou o período histórico responsável pela construção e consolidação do *Welfare State* e pelo reconhecimento e implementação dos direitos econômicos e sociais -,

e, por outro, à adoção das idéias (neo)liberais, à defesa da tese do Estado mínimo e à supremacia das idéias monetaristas.

Desta forma, o Estado do Bem-estar Social “virou presa fácil do consenso hegemônico” e era considerado pelo discurso agora dominante como “símbolo do atraso, da lentidão e do desperdício – um elefante velho que se movimenta com dificuldades e que deve dar lugar aos rápidos e ‘espertos’ tigres do mercado” (BEDIN, 2002, p. 181). Reagan resumiu bem esse pensamento ao afirmar que “Não temos problemas no Estado. O Estado é o problema.”

Isto posto, consagra-se o entendimento de que as políticas sociais compensatórias do *Welfare State* devem dar lugar à racionalidade e auto-suficiência do mercado, numa clara alusão aos ideais de Smith e ao “retorno glamoroso da mão invisível do mercado, que, teoricamente, segundo os seus defensores, tudo controla, racionaliza e distribui de forma justa e equitativa” (BEDIN, 2002, p. 182).

O ideal neoliberalista de justiça do mercado vai, assim como o liberalismo clássico, gerar o aumento da desigualdade, da pobreza e da concentração de renda.

Voltam, como aduz Nunes “as costas à cultura democrática e igualitária da época contemporânea, caracterizada não só pela afirmação da *igualdade* civil e política para todos, mas também pela busca da *redução das desigualdades* entre os indivíduos no plano econômico e social”, o que é camuflado em um discurso que justifica tal postura diante “de um objetivo mais amplo de libertar a sociedade e os seus membros da *necessidade e do risco*, objetivo que está na base dos modernos sistemas de segurança social.” (*apud* BEDIN, 2002, p. 182).

A queda do muro de Berlim em 9 de novembro de 1989, que consagrou como falido o comunismo soviético (real), e a vitória dos EUA na Guerra Fria, corroboraram o insucesso da intervenção e controle do Estado sobre a economia.

No que diz respeito ao Brasil, houve o fim do regime militar em 1985 e durante o governo de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso, ocorreu

uma política de desestatização com o objetivo de amenizar a dívida pública e abrir a economia para o mercado internacional.

Nesse contexto de transição, surge a Constituição Federal de 1988.

A CF/88 nasce como proposta de redemocratização do país, devendo corrigir os abusos cometidos pela ditadura militar e as constantes violações aos direitos humanos daquele período, tanto que condenou expressamente a tortura (art. 5º, inc. XLIII) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV). Como dito na introdução, Ulysses Guimarães a chamou de “Constituição cidadã”.

A doutrina diverge acerca de qual ideologia se veste a Carta Magna de 1988.

Há quem afirme ser a mesma capitalista, já que defende a propriedade privada (arts. 5º, XXII e 170, II), a liberdade de contratar, a livre iniciativa (art. 170, *caput*), a livre concorrência (art. 170, IV), a preferência da atividade econômica pelo setor privado (art. 173).

Outros enxergam na *Lex Mater* um cunho socialista, demonstrado na proteção dos direitos sociais (art. 6º), na valorização do trabalho humano, no comprometimento com o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), no desenvolvimento nacional (art. 219) e nas diversas normas programáticas que atribuem ao Estado a missão de garantir saúde (art. 196), assistência social (art. 203), educação (art. 205), acesso à cultura (art. 215), fomento à prática desportiva (art. 217), desenvolvimento científico (art. 218), proteção da família pelo Estado (art. 226) etc.

A verdade é que a Carta Magna de 1988 incorporou diversos ideais históricos, respeitando os direitos de primeira, segunda e terceira geração, defendendo um modelo em que a liberdade econômica é condicionada ao respeito pelos direitos sociais. O Estado respeita a livre iniciativa, mas intervém na economia para evitar o abuso da atividade econômica. Nesse sentido, nossa Carta Magna pode ser chamada de social-democrata.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, a aparente opção da CF/88 por um modelo capitalista não exclui a implementação dos direitos sociais. Afirma GRAU (2003, p. 268-269):

Há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações externas, que descrevo como modelo de bem-estar. [...] A ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada à mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las.

A proposta da CF/88 é encontrada no seu preâmbulo, que diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A CF/88 determina que são fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º). Ademais, são objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3ª).

Além disso, nossa República é regida pelo Princípio da Igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, cuja redação é “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Tais disposições acima esposadas bem representam(ariam) o espírito da CF/88, cuja importância foi assim resumida pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar MENDES, em artigo intitulado *A Constituição brasileira e seus vinte anos*³¹:

A Constituição de 1988 representa o fim de um ciclo autoritário e o início de uma nova experiência democrática que se pretende duradoura. [...] O regime autoritário só chegaria ao fim em 1985. Foram, portanto, mais de vinte anos de regime autoritário, com fases de maior ou menor abertura. A luta pela redemocratização não se limitou a aspectos de reordenação institucional formal. Mas, ao revés, a

³¹ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Vinte_anos_da_Constituicao__v_Port.pdf. Acesso em 17/04/2008, 15:28 hrs.

idéia de democracia estava indissociavelmente ligada, nos vários movimentos, à reivindicação por justiça social. Em 1985 foi aprovada Emenda Constitucional (EC 25/ 85), que permitiria a realização da Assembléia Nacional Constituinte. Como resultado desse trabalho, promulgou-se, em 5 de outubro de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”. É evidente que esse novo modelo constitucional iniciado há vinte anos com a promulgação da Constituição de 1988 buscava superar, institucionalmente, o modelo de democracia meramente formal a que nós nos acostumamos no passado. Tentava-se, também pela via da constitucionalização de direitos sociais, e da criação de instrumentos de judicialização dessas pretensões de caráter positivo, superar o quadro de imensas desigualdades acumuladas ao longo dos anos. Ao longo desses anos, após 1988, pode-se perceber que a ampla proclamação de direitos pela Constituição serviu de estímulo a que as instituições de representação da sociedade civil se mobilizassem em favor da concretização daquelas promessas constitucionais. Não há dúvida de que, a partir de 1988, a sociedade civil brasileira saiu fortalecida. [...]

Conclui Mendes:

De tal forma, os vinte anos de Estado brasileiro sob a Constituição de 1988 representam o mais longo período de estabilidade democrática e normalidade institucional de nossa vida republicana iniciada em 1889. A Constituição de 1988, mais do que um documento jurídico representa uma conquista alcançada após mais de vinte anos de luta pela redemocratização, marcando a ruptura com o autoritarismo que do Governo Militar iniciado em 1964. Coube a ela, portanto, responder pelos anseios de uma sociedade que se libertava após mais de duas décadas de repressão, o que explica a sua ênfase em uma agenda social, que em muito transcende aspectos meramente formais e que está estampada logo no início da Constituição de 1988. Por certo, em um país como o Brasil, em que o acesso a direitos sociais básicos ainda não é garantido a milhões de pessoas, não surpreende a generosidade do Poder Constituinte, a refletir a perspectiva de que o Estado constitucional também é um espaço de síntese e de proclamação de esperanças que, historicamente, foram esquecidas.

Em relação ao Poder Judiciário, que é o objeto do nosso estudo, a CF/88 cuida do mesmo no Capítulo III do Título IV (Da organização dos Poderes). O Poder Judiciário, junto com o Legislativo e Executivo, integra a tríade que representa os três Poderes da República, como afirma o art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O Poder Judiciário possui autonomia administrativa e financeira (art. 99) e os magistrados gozam das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95).

O nosso país adota o chamado “sistema inglês” ou “sistema de unicidade de jurisdição”, em que apenas o Poder Judiciário pode dizer, definitivamente, a solução para os casos por ele julgados. Podemos encontrar

tal disposição no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta feita, não há, no Brasil, a chamada “coisa julgada administrativa”, acolhida nos países que adotam o “sistema francês”. No citado sistema, certos conflitos não podem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, já que são matérias submetidas exclusivamente à apreciação da esfera administrativa do Estado, sem possibilidade de recurso para a via judicial.³²

Ao Supremo Tribunal Federal ficou a responsabilidade de zelar pela Constituição Federal (art. 102).

Ao discorrer sobre o papel do Poder Judiciário após a CF/88, afirmou MENDES³³:

Convive-se hoje com uma multiplicação de movimentos sociais voltados à defesa de diversos interesses, como o da igualdade racial, o do meio ambiente, o da reforma agrária, os interesses dos indígenas, o do consumidor, entre outros. Na luta política pela ampliação da cidadania, reivindica-se diuturnamente a concretização desses programas, até mesmo mediante a judicialização das mais diversas pretensões. Nesse contexto, mostra-se relevante o papel do Poder Judiciário e, de maneira específica, da jurisdição constitucional, na consolidação desse ambiente democrático. Dia após dia, o STF vê-se confrontado com a grande responsabilidade política e econômica de aplicar uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais de caráter individual e coletivo. Ao STF cabe o papel de, por meio da interpretação do texto da Constituição, atuar na necessária evolução constitucional, tornando os “desejos de utopia concretos” normatizados pela Constituição de 1988 uma realidade. À demanda cada vez maior da sociedade, a Corte tem respondido demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais. [...] Ao exigir o respeito às garantias do devido processo legal e das liberdades em geral, o Supremo, além de agir como guardião da Constituição, impede que o Estado Constitucional seja transformado em Estado de Polícia. [...] O STF tem o desafio de buscar o equilíbrio institucional, a partir de procedimentos que permitam uma conciliação entre as múltiplas expectativas de efetivação de direitos com uma realidade econômica muitas vezes adversa. [...] Nesse sentido, a concretização das promessas presentes no texto constitucional se manifesta de maneira exemplar no exercício da árdua tarefa constitucionalmente atribuída ao STF de conciliação entre as múltiplas expectativas de efetivação de direitos.

³² Devemos frisar, contudo, que no Brasil existe a possibilidade da função administrativa do Estado solucionar conflitos, sendo o processo administrativo expressamente legitimado no inciso LV do art. 5º da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Entretanto, tendo em vista que somente as decisões do Poder Judiciário são imodificáveis, quem se sentir prejudicado pela solução apresentada pelo órgão administrativo tem o direito constitucional de procurar a via judicial, que preferirá uma decisão capaz de produzir a chamada coisa julgada material.

³³ A Constituição brasileira e seus vinte anos...

Gilmar Mendes é partidário do chamando “ativismo judicial”, expressão que significa a possibilidade de o Poder Judiciário decidir, quando provocado, dentro do campo de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, quando estes não conseguirem cumprir com suas atribuições constitucionais e legais.

O ativismo judicial tem como objetivo amenizar a herança formalista deixada pelo sistema do *civil Law*, do qual o Brasil faz parte, como lembra VIANNA (1997, p. 36):

Nos países de *common Law*, o Direito não seria apenas a emanção da atividade do poder soberano, na medida em que constaria igualmente do Direito precedente, acumulado em fases históricas anteriores – as “leis comuns” à Europa de que trata Tocqueville -, e que teriam nascido do interior da feudalidade e das antigas cidades burguesas que floresceram a partir dela. Tal Direito demandava a figura do jurista, personagem intelectual treinado na pesquisa e na técnica jurídica, figura da tradição que, assim, encontrava o seu lugar no mundo moderno, como intérprete de leis que deitavam suas raízes em uma história remota, preservado em sua dignidade profissional e no antigo estatuto político da sua atividade. Contrariamente, nos países de *civil Law*, como observa A. Pizzorusso em uma passagem cujo sentido é recorrente na bibliografia de juristas sobre juristas, ter-se-ia despojado o juiz de um papel político em nome da soberania do povo. A revolução francesa, em seus primeiros momentos, instituiu a função de juiz por eleição popular, cancelando o estatuto da profissão do ato de julgar, “uma vez que qualquer cidadão honesto podia se tornar juiz, já que lhes cabia simplesmente aplicar as leis aprovadas pelos representantes do povo soberano”. Mais tarde, institucionalizada a revolução, como na lei napoleônica de 1810, criou-se a figura do magistrado como membro da burocracia do Estado, concebendo-se o Judiciário como personagem sem rosto da ordem racional-legal do Estado de Direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito. Essa seria a herança de Judiciário desencantado, atrelado às normas gerais abstratas produzidas pelo Legislativo, dissociado, pela revolução que rompeu com o Antigo Regime e a sua ordem legal, do *jus commune*, com os seus profissionais destituídos da antiga aura que lhes vinha da função de intérpretes especializados da tradição e convertidos em prisioneiros dos Códigos.

Diante das exigências da democracia moderna, o Poder Judiciário deve, assim, dirigir sua jurisprudência à efetivação dos direitos sociais, rompendo com a concepção rígida da separação dos poderes e assumindo tarefas afirmativas que, em tese, não seriam da sua alçada.

Sobre o tema comenta BARROSO³⁴:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do

³⁴ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 16/04/2008, 11:37 hrs.

Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

O Supremo Tribunal Federal tem, nos últimos anos, se mostrado seguidor do ativismo judicial, decidindo casos como a fidelidade partidária e a verticalização, matérias de cunho eminentemente político, mas que não foram solucionadas pelo Poder Legislativo. Outros casos merecem destaque, como lembra BARROSO³⁵:

Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. [...] De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros. Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente.

Barroso lembra ainda que

Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii)

³⁵ Judicialização, ativismo judicial...

Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Elwanger*) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público. É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.

A principal crítica que se faz ao ativismo judicial é que, se aplicado sem critérios definidos, se corre o risco de substituímos os agentes políticos – que são eleitos pelo povo - pelos magistrados, que não exercem mandato com representatividade popular, como afirma BARROSO³⁶:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?

Para BARROSO, existem duas justificativas, uma de cunho normativo e outra de natureza filosófica³⁷:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro

³⁶ Judicialização, ativismo judicial...

³⁷ Judicialização, ativismo judicial...

grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Constata-se assim que, segundo a teoria do ativismo judicial, os perigos para a legitimidade democrática pelo fato dos magistrados não serem eleitos, são amenizados na medida em que os membros do Poder Judiciário sigam à Constituição e às leis. Estes não agem por vontade política própria, mas como legítimos representantes indiretos da vontade do povo.

Para BARROSO³⁸, as críticas atuais de que o Direito é um instrumento político a serviço da classe dominante é descabida:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. *Direito não é política*. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. A ambigüidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política.

E conclui:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Evidentemente, Direito *não* é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A

³⁸ Judicialização, ativismo judicial...

liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo.

À primeira vista, as palavras do ministro Gilmar Mendes e de Luís Roberto Barroso fazem transparecer a idéia de que em 1988 o país passou por uma revolução com a criação de um documento que resolveria as mazelas sociais do país, através de um “Poder Constituinte generoso” cujo objetivo era cuidar dos menos favorecidos. Além disso, foi criado um Poder Judiciário cuja missão é transformar em realidade as “utopias sociais” previstas na Carta Magna, missão esta que vem exercendo com ardor, com interesses puramente democráticos.

O novo Poder Judiciário brasileiro seria, assim, um agente em uma missão ético-moral voltada para ensinar a coletividade como se aplica e se difunde o justo, numa espécie de revolução silenciosa que aos poucos vai inserindo preceitos democráticos na sociedade. A justiça é o fim, o Direito o seu instrumento e o Poder Judiciário o local em que se iniciam as mudanças.

Sem dúvida o ativismo judicial representa um avanço na efetivação dos direitos sociais, mas não podemos aceitar tais afirmações sem questionamento.

Todavia, Mendes e Barroso, ao negarem o caráter ideológico do Direito, permanecem ainda como exemplos do discurso jurídico mais típico, ranço do que Kelsen edificou em *Teoria Pura do Direito*, quando aduziu que (1999, p. 75-252):

Constitui elemento característico da teoria da sociedade de Marx desqualificar a descrição do Direito - imposto por uma classe dominante a uma classe dominada - como um sistema de normas, afirmando que essa descrição se caracteriza como uma ideologia que falsifica a realidade no interesse da classe dominante. Para uma consideração não ideológica, o Direito não seria um sistema de normas, mas um agregado de relações econômicas nas quais se realiza a exploração dos dominados pela classe dominante. [...] Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua

estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada.

Apesar de escrito em 1934 como resposta aos discursos que atribuíam ao Direito um caráter ideológico, os ideais de Kelsen³⁹ continuam em plena aplicação dentro do sistema jurídico, que permanece pregando um Direito e uma justiça livres dos conflitos sociais.

Sobre Kelsen, lembra REALE (1999, p. 455):

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século, desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios. Foi, dentro desse quadro, que se manifestou o movimento de “purificação” do Direito, que teve como centro a capital da Áustria. Kelsen chamou sua doutrina de Teoria Pura, por querer livrá-la de elementos metajurídicos, excluindo do campo próprio e específico do jurista uma série de problemas, apesar de reconhecer sua legitimidade no plano da Psicologia, da Moral, da Economia, da Sociologia, da História ou da Política. É necessário, dizia Kelsen, conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta.

Para KELSEN, não é papel da norma se preocupar com o que é justo, aduzindo que (1998, p. 12):

A idéia do Bem inclui a de justiça, aquela justiça a cujo conhecimento aludem todos os diálogos de Platão. A questão "O que é justiça?" coincide, portanto, com a questão o que é bom ou que é o Bem? Várias tentativas são feitas por Platão, em seus diálogos, para responder a essa questão de modo racional, mas nenhuma delas leva a um resultado definitivo.

Isto posto, para KELSEN, a justiça é “possível, porém não necessária, de uma ordem social” (1998, p. 2), sendo que “uma decisão judicial não pode - enquanto for válida - ser contrária ao Direito (ilegal)” (1999, p. 187), lembrando ainda que (1998, p. 291):

A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito Positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de Direito. Portanto, o problema da origem do Direito - o Direito em geral ou uma ordem jurídica particular - isto é, das causas da existência do Direito em geral ou de uma ordem jurídica particular, com seu conteúdo específico, ultrapassa o escopo desta teoria. São problemas da sociologia e da história e, como tais, exigem métodos totalmente diferentes dos de uma análise estrutural de ordens jurídicas dadas.

³⁹ Para Kelsen, “quando se descobre que é impossível a realização simultânea desses dois ideais, o liberal prefere a liberdade ao custo da igualdade, ao passo que o socialista prefere a igualdade ao custo da liberdade.” (1998, p. 222-223).

No sistema jurídico kelseniano, “os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaço para eles.” (1998, p. 203). Assim, no pensamento de Kelsen, a discussão acerca da origem das normas e de seu conteúdo fica em segundo plano, como se percebe seguinte passagem (1999, p. 72):

A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos. Ela pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica. Assim, não é, a bem dizer, o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes certos fenômenos paralelos da natureza. De igual modo a fisiologia, que investiga os processos químicos ou físicos que condicionam ou acompanham certos sentimentos, não apreende os próprios sentimentos que, como fenômenos Psicológicos, não se deixam apreender quer química quer fisiologicamente. A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.

Não é de se espantar que Kelsen tenha escrito obras com títulos como *O problema da justiça* e *A ilusão da justiça*.

As idéias de Kelsen refletem o pensamento da burguesia que ascendeu ao poder nos séculos XVIII e XIX, e como lembra LYRA FILHO, após estabelecida, “a burguesia descartou o seu iusnaturalismo, passando a defender a tese positivista: já tinha conquistado a máquina de fazer leis e porque, então, apelar para um Direito superior? Bastava a ordem estabelecida.” (1982, p. 58).

O sistema jurídico proposto por Kelsen é baseado num escalonamento formal das leis que visa dar validade às normas, desde que respeitem a norma hierarquicamente superior, cujo ápice da pirâmide é a Constituição.

A verticalidade hierárquica de Kelsen continua servindo como principal parâmetro para o nosso sistema de controle de constitucionalidade, já que nosso ordenamento não admite nenhuma norma que venha a contrariar o que

diz a Carta Magna, devendo qualquer lei ser retirada do sistema quando afrontar os preceitos da *Lex Mater*. Lembra CAMARGO (1999, p. 97):

Ainda assim podemos considerar a Teoria Pura do Direito como o maior exemplo de construção lógica do ordenamento jurídico até o momento. Em termos de operacionalidade da ordem jurídica, naquilo que diz respeito ao seu dinamismo - eficácia da lei no tempo, que envolve as questões de validade e da vigência das normas -, a teoria kelseniana ainda é bastante apropriada. Igualmente importante é o 'processo de controle da constitucionalidade das leis', que pressupõe a estrutura piramidal e escalonada da ordem jurídica, com a Constituição no seu ápice servindo de fundamento de validade para toda a ordem jurídica, garantindo a unidade e harmonia do sistema. Essas questões operacionais continuam a ser bastante úteis para o direito, apesar das críticas cabíveis às propostas de Kelsen.

Para Kelsen, "Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica." (SILVA, 1992, p. 41). Complementa REALE (1999, p. 463):

Que é que, no fundo, interessa de maneira prevalecente ao sociólogo do Direito e mais ainda ao sociologista do Direito? Interessa-lhe a *eficácia* do Direito. O Direito só é digno desse nome, enquanto corresponde a um comportamento social concreto e efetivo que resulta dele. Uma regra jurídica elaborada tecnicamente pelo órgão do Estado não é regra jurídica no sentido pleno da palavra, quando não encontra correspondência no viver social, nem se transforma em momento da vida de um povo. É regra formal, que ficou com uma vigência puramente "significativa". O Direito autêntico é aquele que se converte em momento de coexistência social. A eficácia é a nota característica do Direito, segundo a visão sociológica da Jurisprudência. Para Kelsen, ao contrário, o que distingue a regra jurídica é sobretudo a sua *vigência* ou validade técnico-formal.

Nesse ponto de vista o Direito seria indiferente a qualquer elemento ideológico, como bem aduz REALE (1999, p. 473-474):

Pretende o jurista austríaco manter-se alheio a qualquer *ideologia*, a qualquer pressuposto metafísico transcendente ou jusnaturalista, mas a verdade é que todo o seu sistema obedece à inspiração de um relativismo estimativo que consagra a *equivalência de todos os valores*. Caberia à Ciência do Direito, como Técnica de organização social e coordenação feliz de processos coercitivos, tornar respeitadas as normas correspondentes à força histórica dominante, isto é, relativas à "*ideologia do Poder*" consagrada como Direito vigente, abstração feita desse caráter ideológico.

Cumprir destacar ainda que para Kelsen Direito e Estado se confundem, como assevera REALE (1999, p. 477):

Outra conclusão a que chega Kelsen é a de que, do ponto de vista normativo, não existe diferença entre Estado e Direito. Para o político ou o economista, haverá diferença; mas, para o jurista, o *Estado é o Direito enquanto subjetivado*. Toda regra jurídica pressupõe logicamente um sujeito; da mesma maneira, a totalidade do ordenamento jurídico deve pressupor um ponto geral de referência: é a pessoa jurídica do Estado. O ordenamento jurídico, enquanto subjetivado, ou seja, enquanto "centro de imputabilidade", identifica-se

com a entidade estatal, muito embora possa e deva o Estado ser estudado segundo outros critérios e categorias pelo sociólogo e pelo político, atendendo-se, então, ao seu conteúdo econômico e ideológico.

Influenciado por Kelsen, o ensino jurídico contemporâneo (e dizemos isso por experiência própria) é cego, legalista e indiferente ao mundo que cerca as normas, produzindo bacharéis que bradam aos quatro ventos que a justiça somente pode ser alcançada mediante um Direito cujo legitimador é o Estado, que seria uma entidade racional cuja missão é garantir a paz, a felicidade e a ordem, tratando todos como iguais. A justiça é a Themis que, com a força da espada e o equilíbrio da balança, não enxerga as diferenças entre os indivíduos, por estar vendada. Afirma AGUIAR (2004, p. 15):

A redução legalista do conhecimento jurídico, a mediocridade mercantil assumida pela grande maioria das escolas jurídicas e o entendimento segundo o qual o Estado é a única fonte do direito tiram da reflexão os aspectos éticos fundamentais para o desenvolvimento das teorias e práticas jurídicas e reduzem as habilidades jurídicas a um conjunto de procedimentos formais, temporais e condicionais para atingir a objetivos defensivos e acusatórios, tudo isso sob a égide de uma legalidade não questionada e simplesmente aceita como “verdade” operacional sacralizada legitimada pela sacralização do Estado. Essa forma de conceber e praticar o direito, além de não atender aos reclamos da atualidade, reduz o âmbito dos conhecimentos necessários para seus profissionais e torna as escolas jurídicas um repositório de fórmulas e padrões esquematizadores, que voltam as costas para o mundo do dado e entronizam como único objeto legítimo da juridicidade a norma positiva estatal.

O resultado desse ensino reducionista é a repetição de discursos como os proferidos por magistrados, advogados, promotores etc., que conferem ao Direito um *status* de libertador. Na verdade, tais discursos são pura ideologia, como lembra CHAUI (1984, p. 5-9):

Um dos traços fundamentais da ideologia consiste, justamente, em tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas. [...] A história é *praxis* (no grego, *praxis* significa um modo de agir no qual o agente, sua ação e o produto de sua ação são termos intrinsecamente ligados e dependentes uns dos outros, não sendo possível separá-los). Nesta perspectiva, a história é o real e o real é o movimento incessante pelo qual os homens, em condições que nem sempre foram escolhidas por eles, instauram um modo de sociabilidade e procuram fixá-lo em instituições determinadas (família, condições de trabalho, relações políticas, instituições religiosas, tipos de educação, formas de arte, transmissão dos costumes, língua, etc.). Além de procurar fixar seu modo de sociabilidade através de instituições determinadas, os homens produzem idéias ou representações pelas quais procuram explicar e compreender sua própria vida individual, social, suas relações com a natureza e com o sobrenatural. Essas idéias ou representações, no entanto, tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação

política. Esse ocultamento da realidade social chama-se ideologia. Por seu intermédio, os homens legitimam as condições sociais de exploração e de dominação, fazendo com que pareçam verdadeiras e justas.

O discurso jurídico dominante prega uma separação entre sujeito e objeto, realizando uma cisão entre o criador da norma e a própria norma, desconsiderando assim, qualquer processo histórico e social que possa ter influenciado o processo de criação da norma, como bem ressaltam LISBOA e PINTO (1986, p. 247):

O que se apresenta é um puro enunciado sem sujeito. O jurista, mediante um imperativo hipotético purificado realiza a evicção do sujeito da enunciação. Neste lugar vazio sobre o qual se instala e se oculta o poder, qualquer um pode vir a inscrever-se.

Justamente por isso, seu discurso permite a inserção do sujeito dominante na norma, que a utiliza como instrumento de legitimação do domínio, como preconiza FOUCAULT (2006, p. 26):

Em si mesmas, as regras são vazias, violentas, não finalizadas; elas são feitas para servir a isto ou àquilo; elas podem ser burladas ao sabor da vontade de uns ou de outros. O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto.

Não se pode aceitar, assim, a prevalência dos aforismos jurídicos dominantes e iniciamos nossa crítica fazendo nossas as palavras de CÁRCOVA (1988, p. 167) quando este diz:

O direito se desenvolve como discurso ideológico, enquanto promete, com a finalidade de organizar o consenso, o que não dá: igualdade, liberdade, proteção, garantias. Mas como toda ideologia, desconhece e reconhece ao mesmo tempo; quando ilude, alude. Assim, nos priva da igualdade, mas nos reconhece como iguais. Com isso habilita e legitima nossa reivindicação de igualdade, liberdade e proteção.

A idéia de Direito como um elemento auto-suficiente acaba por desconsiderar todo contexto histórico e social no qual ele (Direito) é produzido e atua. É um Direito abstrato que objetiva mascarar sua condição ideológica, como salienta NAVES (2008, p. 50):

Podemos estabelecer uma relação entre as formas de Direito e o modo de produção capitalista, precisamente porque só na sociedade burguesa a forma jurídica alcança o seu mais alto grau de abstração, o que permite que ela torne-se realmente verdadeira apenas no interior desse modo de produção, da mesma maneira que o trabalho só se torna trabalho *realmente abstrato* na sociedade capitalista.

Feitas essas considerações, continuemos nossa crítica através do impressionante relato do jurista Calmon de PASSOS sobre o que se passou

durante a Assembléia Nacional Constituinte que precedeu a Carta Magna de 1988⁴⁰:

Para não ser prolixo nem parecer um velho rabugento a choramingar seus achaques, relatarei episódio por mim vivido no congresso, à época da Constituinte e um outro fruto de diálogo com um dos mais dignos e eminentes parlamentares de meu país. Convidado para falar sobre o Poder Judiciário perante a Sub-Comissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, passei dois dias inteiros no Congresso, testemunhando o formigar de pessoas, transitando em seus corredores, presentes nos Gabinetes e nas sessões. Gente de todos os segmentos detentores de algum poder. Militares das Forças Armadas e integrantes das polícia civil e militar, membros do Ministério Público, magistrados inúmeros, empresários, sindicalistas, gente da área do ensino. Indagado, ao almoço, por mim, ilustre deputado paulista respondeu-me: "Calmon, aqui há 'lobby' de tudo, Civis, militares, Justiça, MP, empresários, sindicatos, universidades, só não há 'lobby' do povo brasileiro. E vai sobrar para ele". Nunca "tantos" foram tão poderosos contra "todos os outros". Nunca o Poder Judiciário foi tão poderoso, nem o Ministério Público, nem os Sindicatos, nem as Associações, nem os Meios de Comunicação etc. Tivemos, sem dúvida, momentos históricos em que "alguns" puderam tudo contra todos, mas nunca foram tantos os "senhores" cavalgando "o resto". O segundo episódio, mais recente, ocorreu num Congresso em que se discutia a reconstitucionalização do país. Eminentemente deputado gaúcho, depois de haver, como de meu hábito, denunciado a feudalização do poder instituída com a Constituição de 1988, declarou de público não merecer os constituintes a crítica que lhes era feita. E justificava. Criou-se um impasse: nem conservadores, nem progressistas dispunham de maioria suficiente para aprovar uma carta a sua feição. Para superar esse impasse, só um compromisso. E esse compromisso veio com a decisão de "incluir tudo", satisfazendo a gregos e troianos, deixando que a "inconvivência" fosse eliminada com o tempo, a experiência e a revisão prevista.

E finda seu raciocínio:

Essa paisagem cinzenta, entretanto, não se coloca no campo da percepção dos sonhadores (ou demagogos?) e dos idealistas (ou despistadores?) dentre os quais os juristas "puros" ou "quase-puros" têm papel destacado. Porfiam eles por fazer a sociedade acreditar que as leis, enquanto puro dizer, emancipam; que o Judiciário tem a faculdade sobrenatural de descobrir e efetivar o justo que está na lei (e se na lei ele não está, o juiz - à luz do direito alternativo - revela esse "justo") e que nós advogados, principalmente como corporação - OAB - somos sacerdotes vigilantes e atuantes no culto quotidiano de trazer o "justo" oculto na ordem jurídica à efetividade da convivência social. A par disso - os advogados do povo ou da sociedade, a instituição do Ministério Público - isenta, sobranceira, indormida - está vigilante podendo a Nação operar tranqüila no seu dia a dia, sob o pálio protetor de todas essas corporações que se auto-imolam no altar da Pátria. E assim todos nós, ungidos e santos, velamos civicamente pelo nosso povo, originariamente legitimados e auto-legitimados, sendo de todo despiciendo discutir-se essa legitimidade, que embora somente sendo possível de construir-se a partir de quem se diz titular da soberania - o povo - carece de seu dizer e carece de seu fiscalizar para que se possa instituir validamente. Parece que ao lado da cidadania tutelada

⁴⁰ Cidadania Tutelada.

queremos instituir no Brasil, de modo original, urna espécie de cidadania “corporativamente” dirigida.

Cumpra aqui trazer à baila os ensinamentos de Marcelo Neves. Ao tratar do tema da “constitucionalização simbólica”, NEVES (2007, p. 1) esclarece que seu estudo tem como objetivo:

...abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre a ineficácia das normas Constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

Para NEVES (2007, p. 23) a legislação simbólica “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico instrumental.”

A legislação simbólica tem dupla função, segundo Neves. A primeira é a assunção legal de uma posição diante dos conflitos sociais, consagrando o entendimento de determinado grupo, que sai vitorioso também no aspecto legislativo. Aduz NEVES (2007, p. 35) que a legislação simbólica

...destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade.

Alem da função acima mencionada, a legislação simbólica tem como objetivo gerar confiança nos sistemas jurídico e político, tendo em vista que, caso a sociedade fique inquieta, a legislação surge como álibi, pronta para solucionar qualquer problema.

A “legislação-álibi”, para NEVES (2007, p. 18), tem como missão

...criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente, conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica.

Isto posto, a principal atribuição da legislação-álibi é criar um sentimento de satisfação e bem-estar na sociedade, amenizando as tensões e gerando a lealdade das massas.

Para Neves, um grande exemplo desse fato, no Brasil, são as constantes alterações na legislação penal, que servem como reações simbólicas para suavizar as pressões sociais diante da crescente criminalidade.

Todavia, como alerta Neves, o uso abusivo da legislação-simbólica gera a descrença no próprio sistema jurídico, fazendo com que a sociedade se sinta enganada e enxergue como cínicos os atores políticos (2007, p. 40-41).

Existe ainda um fato crucial decorrente da legislação-simbólica. Esta, segundo NEVES (2007, p. 41), tem como função

...servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

Em suma: quem necessita da legislação se satisfaz, já que esta existe; quem deve assegurar os direitos também fica satisfeito, pois, apesar da norma existir, esta não tem perspectiva de efetivação.

Dessa forma, os conflitos são abrandados pela existência de uma lei aparentemente progressista que transfere para um futuro incerto a resolução dos conflitos sociais. É a concessão que serve de engodo, como lembra FOUCAULT (2006, p. 8):

Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer 'não', você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz 'não', mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso.

Neves transfere o conceito de legislação simbólica para o de constitucionalização simbólica, aduzindo que, apesar de sua importância como documento histórico, a Constituição pode desempenhar um papel político-ideológico, já que, diante do texto constitucional, o Estado surge como alguém identificado com os valores sociais. Todavia, a prática demonstra que tal preocupação fica apenas no papel.

As palavras de Neves bem representam o que relatou Calmon de Passos acerca do ânimo do Poder Constituinte em 1988, que resolveu criar inúmeras normas de cunho social sem se preocupar com a sua efetivação.

Efetivava-se, assim, o famoso “messianismo legislativo”⁴¹ existente no nosso país, cuja principal característica é a criação de um efeito anestésico na luta por melhores condições de vida. Acredita-se que a norma tudo pode, tudo resolve, esquecendo-se que a norma depende de quem lhe dê efetivação.

Devemos deixar claro aqui que não se trata de questionar a própria Constituição, na medida em que, como já dissemos, outra não podia ser a atitude do Poder Constituinte de 1988, a não ser conceder uma vasta gama de direitos a uma sociedade que vinha de duas décadas de ditadura.

Contudo, como bem explicitou Calmon de Passos, a Assembléia Nacional Constituinte que antecedeu a CF/88 era um verdadeiro ringue de lobbys dos mais diversos setores da sociedade, menos da parte oprimida da população.

Isto posto, o que se questiona aqui não é a CF/88, mas a atuação dos órgãos que se auto-intitulam democráticos e guardiões dos valores sociais.

Neste contexto é que entra a discussão acerca do Poder Judiciário, a quem coube, segundo Gilmar Mendes, como vimos, o papel de concretizar as “utopias sociais” presentes na CF/88.

Não podemos aceitar a citada posição sem uma análise crítica.

Pensar a justiça, portanto, passa por questionar um modelo de justiça que se diz neutra, compromissada com os direitos sociais e acima dos conflitos. É questionar a atuação de uma justiça que prega que “todos são iguais perante a lei.”

Para Roberto Aguiar, recuperando o conceito marxista, não há justiça que não esteja comprometida com a classe dominante. O autor elabora uma metáfora, comparando a justiça a uma bailarina (1987, p. 13):

Bailarina inconstante e volúvel, a justiça troca de par no decorrer do jogo das contradições da história. Ora a vemos bailar com os poderosos, ora com os fracos, ora com os grandes senhores, ora com os pequenos e humildes. Nesse jogo dinâmico todos querem ser seu

⁴¹ Agradeço ao Prof. João Emanuel pela expressão.

par e, quando ela passa para outras mãos, logo será chamada de prostituta pelos relegados ao segundo plano. A justiça sobrevive a todos os ritmos e todos os pares, como se pairasse em um lugar onde os choques e os conflitos não existissem. Mas, nesse grande baile social, todos são comprometidos, ou com os donos do baile ou com a grande maioria que engendra novos ritmos que irão romper com as etiquetas e os próprios fundamentos da festa. E a justiça, julgando-se eterna e equilibrada, não sabe, mas envelhece, esvazia-se, torna-se objeto de chacotas e aqueles que foram por tanto tempo preteridos e nunca tiveram em suas mãos essa mulher, começam a pensar que não é uma fêmea distante e equilibrada que desejam, mas uma mulher apaixonada e comprometida que dance no baile social os novos ritmos da esperança e do comprometimento. Não querem mais um ser acima de todos, mas o que está inserido na luta daqueles que se empurram e gritam para que seus ritmos e músicas sejam ouvidos: os ritmos e músicas da vida, da alegria, do pão e da dignidade.

O objetivo de Aguiar é romper com a idéia de enxergar o Direito e a justiça somente por um prisma jurídico, como instrumento mantenedor da ordem.

A visão de justiça e Direito como garantidores incondicionais da ordem é um abordagem falha, já que desconsidera o fato de que o Direito é um fenômeno produzido pelo processo histórico, estando assim, perto (e não distante como pretende o discurso dominante) das lutas sociais, como bem frisa CELOS⁴²:

O Direito é um fenômeno, algo que se manifesta na realidade social; algo que existe. É um fenômeno histórico, factível, real, complexo e dinâmico. É um fenômeno pluridimensional, interdisciplinar, que está dentro do processo histórico, numa percepção dialética. [...] Não está pronto e nunca estará. Mas ele se manifesta, ele está dentro da luta social. O Direito é filho da luta. Luta para colocar direitos no papel; luta para efetivá-los (para KELSEN o direito já está pronto na norma); luta pelo alargamento do foco do Direito (para muitos ou para todos); luta pela manutenção do direito, pois sempre haverá uma contenda para retirar direitos; luta na rua, na sala de aula. A simples promulgação da norma não cria direitos. Direitos são criados nos embates das forças sociais. Por exemplo, o direito de moradia (art. 6º da Constituição Federal) ainda não é direito, mas um momento do direito, o direito ali não está pronto, ele ainda não se afirmou, não se manifestou, o que pede inúmeras lutas: no legislativo, no judiciário, na sala de aula, na rua, no seio dos movimentos sociais. [...] Direito não é só norma (que é a dimensão formal), mas tem outras dimensões materiais (social, econômico, cultural, político, psicológico etc.). Existe também uma dimensão ética. A tentativa de realizar análises econômicas, sociológicas, políticas dos fenômenos é arriscada, mas não fazê-la já é um fracasso. Não se pode mais falar de compreensão do fenômeno jurídico sem levar em conta todas as dimensões. Por que privilegiar só a norma? Abstrair o contexto sócio-histórico significa cair na armadilha normativista. O objeto também é dinâmico, é histórico, dá-se no concreto; muda dentro do processo histórico, por força das lutas sociais, do conflito; é produto da luta. Modelo do conflito, contrário à pacificação, à harmonia, reconhecendo a correlação de forças. O

⁴² Considerações sobre uma concepção...

Direito está dentro do processo histórico. Para bem conhecer o direito, deve-se conhecer o processo histórico no qual ele se insere; compreender o contexto sócio histórico.

Para AGUIAR (1987, p. 15) não se pode pensar a justiça como um conceito abstrato, desvinculado do contexto que a cerca, na medida em que

O entender da justiça está indelevelmente implicado com as práticas sociais. Daí podermos afirmar que a justiça não é neutra, mas sim comprometida, não é mediana, mas de extremos. Não há justiça que paire acima dos conflitos, só há justiça comprometida com os conflitos, ou no sentido de manutenção ou no sentido de transformação.

Conforme Aguiar, a idéia de justiça consolida os usos e práticas dos grupos sociais dominantes e dominados, tornando-se tradicionalmente aceita, se estabilizando no Direito em vigor. As diversas concepções de justiça acabam se tornando “conservadoras, instituídas para a manutenção da ordem, para a promoção da segurança” constituindo “idéias que podem vestir de retórica os atos concretos de dominação” (1987, p. 18).

O autor lembra que a ainda tímida, mas crescente conscientização dos direitos por parte da população oprimida, acaba gerando uma desconfiança em relação ao conceito de justiça estabelecido pela classe dominante. Leis e decisões judiciais abusivas fazem transparecer a existência de uma justiça própria para a classe dominante e outra para a classe dominada. A luta de classes é também uma luta sobre o conceito de justiça (1987, p. 18):

Os costumes dos oprimidos, frutos de seu viver social e econômico engendram certas idéias de justiça que são profundamente perigosas para a sobrevivência dos interesses dominantes. Só para exemplificar: no momento em que os oprimidos passarem a dar mais valor à posse do que propriedade, correr-se-á o risco de uma convulsão social que poderia estremecer os fundamentos reais de dada organização social. O Brasil é amostra disso. Ora, a partir daí, para os dominantes, a concepção de justiça dos oprimidos também é a justiça “deles” e não a “nossa”. Ante o exposto, podemos perceber que a injustiça do dominado é a justiça do dominador e vice-versa. Assim, como as classes estão em luta, as idéias de justiça, por consequência, também estão.

Entretanto, a citada luta é encoberta pela classe dominante, que consegue superar a incredulidade dos dominados em uma justiça equânime, produzindo e instituindo a idéia de uma justiça neutra e imparcial.

O engodo constitui em impor uma imagem apartidária da justiça, que não faz distinções discriminatórias, como aduz AGUIAR (1987, p. 19)

A neutralidade é atributo máximo da justiça. É aquela justiça cega que não vê quem está sendo julgado, quem está pedindo sua manifestação. É uma justiça que vende a imagem de distância e de

não-comprometimento. Essa equidistância a coloca num nível acima das circunstâncias históricas, o que enseja sua respeitabilidade, já que a idéia de justiça é de todo mundo e de ninguém, resultando numa concepção formal descomprometida com as coisas do mundo, mas voltada para a correção do agir. Acresça-se a isso que as idéias dominantes de justiça têm em seu corpo a marca da visão de um mundo equilibrado e harmônico. De um mundo pronto onde a regra é a harmonia e o conflito, a exceção. A idéia de justiça, nesse sentido, seria o norte para não deixar o mundo cair em desequilíbrio, para o homem não se quebrar em desarmonias, pois o conflito e a contradição são desvios divergentes desse leito preestabelecido das harmonias prontas.

Se a justiça é a busca por um mundo melhor e, considerando que o conceito de “melhor” está subordinado aos valores e ideologias do sujeito referencial, a justiça acaba se tornando o espelho dos interesses da classe que a controla, afirma Aguiar.

A idéia de justiça, assim, representa os interesses da classe dominante e é empregada como meio do exercício do poder sobre a classe oprimida. Desta forma, conceitos acerca do que é justiça que colidam com a concepção de justiça da classe dominante são definidos como subversivos.

AGUIAR (1987, p. 23) ressalta ainda que “a justiça dos vencedores é a justiça verdadeira”. Assim, o grupo detentor do poder deve abafar as manifestações que não sejam condizentes com a sua, produzindo ainda a idéia de que a sua justiça simboliza o que há de mais legítimo, sendo a justiça que a antecedeu algo que foi devidamente superado. Afirma AGUIAR (1987, p. 24):

A justiça dos vencedores é a única idéia de justiça que tem eficácia garantida pelo fato de se traduzir por meio de normas jurídicas, que a retiram do campo da ideologia possível para transformá-la em ideologia sancionadora, vigente e eficaz. Por isso, a justiça dos vencedores se torna a justiça mais comum, mesmo a nível teórico, pois todo poder quer ser tradutor de uma harmonia ordeira que nada mais é do que seu intuito constante de se perpetuar.

A idéia de que “todos são iguais perante a lei” pressupõe uma noção de justiça que não enxerga diferenças e, nesse ponto, não deixa de ser um conceito formal, já que parte do pressuposto de que eventuais desigualdades do plano social não interferem na distribuição da justiça.

Esse conceito, segundo Aguiar, “esconde uma cegueira: não se enxerga a evidente dominação, a crucial opressão que se instauram a partir da própria produção e dominação de riquezas” (1987, p. 62), afirmando ainda que (1987, p. 62-63):

O direito, em sua formação e estruturação, é o grande responsável pelo formalismo que marca o enfoque do problema da justiça, já que ele é profundamente marcado pela tradição aristotélica e romana, pela apresentação lógico-formal e, modernamente, pelo positivismo, o que o torna fechado em si mesmo, circulando num universo normativo onde não há lugar para as contradições reais que atravessam a sociedade. Como a justiça é o ideal de todo o ordenamento jurídico, ela também será buscada na internalidade das formas, na universalidade dos discursos vazios mas de grande utilidade por proporcionarem uma ilusão de justiça a todos os atos de mando. Assim, em nível de senso comum, todos os governos, todos os povos, todas as pessoas, todos os opressores, todos os oprimidos “fazem justiça.”.

O próprio Gilmar Mendes é um exemplo do que menciona Aguiar. Apesar do seu belo discurso, esse é o mesmo Gilmar Mendes que, durante a Operação Satiagraha da Polícia Federal, concedeu, por duas vezes, *habeas corpus* para o banqueiro Daniel Dantas.

Não há nenhuma ilegalidade em julgar com celeridade o *habeas corpus* do citado banqueiro. A própria CF/88, determina, no art. 5º, inc. LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ou seja, a celeridade processual é um direito e garantia fundamental.

Todavia, a rapidez com que os citados *habeas corpus* foram concedidos e o fato de um deles ter sido dado de madrugada são fatos simbólicos que nos fazem questionar se realmente o Poder Judiciário brasileiro está acima dos conflitos sociais. Ora, quantos indivíduos que têm *habeas corpus* aguardando julgamento no STF há tempo são beneficiados com a mesma “boa vontade” do Presidente do STF? Em alguns círculos jurídicos, os citados *habeas corpus* ficaram conhecidos como *habeas* “miojo”, pela sua rapidez.

Por diversas vezes o STF negou aplicação ao citado direito em outros casos decidindo que a quantidade de demandas impede a celeridade processual, apenas recomendando e não ordenando, que os tribunais zelem pela rapidez nos julgamentos:

Demora no julgamento de *habeas corpus* no STJ. Pretensão de julgamento célere (CB, art. 5º, inc. LXXVIII). Quantidade excessiva de processos nos tribunais. Realidade pública e notória. Recomendação de urgência no julgamento. Constrangimento ilegal face à demora no julgamento de *habeas corpus* impetrados no Superior Tribunal de Justiça. A Constituição do Brasil determina que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ (CB, art. 5º, inc. LXXVIII). A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento

célere. Ordem denegada, mas com a recomendação, e não com a determinação, de que o Superior Tribunal de Justiça dê preferência aos julgamentos reclamados. (HC 91.408, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-8-07, *DJ* de 26-10-07)

Gilmar Mendes chegou a afirmar na imprensa⁴³ que o Juiz Federal Fausto de Sanctis estava querendo “achincalhar” a justiça e desmoralizar o Supremo Tribunal Federal ao mandar prender Dantas novamente após a ordem de soltura expedida pelo próprio Mendes. Tal fato gerou um mal-estar dentro do Poder Judiciário tendo a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) expedido nota cobrando mais cuidado de Mendes em suas afirmações.

Esse também é o mesmo Gilmar Mendes que, após ter sido supostamente grampeado na citada Operação Satiagraha pelo Delegado Federal Protógenes Queiroz, defendeu o controle da Polícia pelo Poder Judiciário. Em suma: podem grampear o mundo inteiro, mas, quando o Poder Judiciário é vítima, imediatamente se questiona a legalidade dos atos policiais.

Na Operação Castelo de Areia da Polícia Federal (que investiga crimes financeiros e lavagem de dinheiro, inclusive com a participação de partidos políticos) Mendes criticou o controle externo da polícia pelo Ministério Público e reiterou a necessidade de um maior controle da Polícia pelo Judiciário, com as seguintes palavras⁴⁴:

Os senhores sabem que esse tal controle externo do Ministério Público é algo litero-poético-recreativo, não tem funcionado a contento. Eles mesmos reconhecem isso. Pode se fazer esse controle, mas haveria uma vara especial para fazer esse controle. Talvez nós pudéssemos ter um órgão independente, um juiz que se incumbiria disto e que, eventualmente, se submeteria a ir aos controles convencionais porque ele estaria submetido ao corregedor do tribunal, eventualmente ao corregedor do Conselho da Justiça Federal e até ao Conselho Nacional de Justiça. Nós temos que talvez fazer um aprendizado institucional de maior serenidade, de maior contenção na divulgação dessas medidas [da PF].

Um outro episódio merece destaque. Leandro Fortes, repórter da Carta Capital, publicou em seu “blog”⁴⁵ a seguinte acusação contra Gilmar Mendes:

No dia 11 de março de 2009, fui convidado pelo jornalista Paulo José Cunha, da TV Câmara, para participar do programa intitulado Comitê de Imprensa, um espaço reconhecidamente plural de discussão da imprensa dentro do Congresso Nacional. [...] Durante a gravação, aliás,

⁴³ Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,de-sanctis-quis-desmoralizar-o-supremo-diz-gilmar-mendes,343961,0.htm>. Acesso em 24/03/2009, 15:46.

⁴⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u543459.shtml>. Acesso em 31/03/2009, 19:23 hrs..

⁴⁵ <http://acertodecontas.blog.br/atualidades/o-dia-em-que-gilmar-censurou-a-tv-camara/> Acesso em 20/03/2009, 20:43 hrs.

em ambiente muito bem humorado e de absoluta liberdade de expressão...discutimos abertamente questões relativas à Operação Satiagraha, à CPI das Escutas Telefônicas Ilegais, às ações contra Protógenes Queiroz e, é claro, ao grampo telefônico – de áudio nunca revelado – envolvendo o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, e o senador Demóstenes Torres, do DEM de Goiás. Em particular, discordei da tese de contaminação da Satiagraha por conta da participação de agentes da Abin e citei o fato de estar sendo processado por Gilmar Mendes por ter denunciado, nas páginas da revista Carta Capital, os muitos negócios nebulosos que envolvem o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), de propriedade do ministro, farto de contratos sem licitação firmados com órgãos públicos e construído com recursos do Banco do Brasil sobre um terreno comprado ao governo do Distrito Federal, à época do governador Joaquim Roriz, com 80% de desconto. Terminada a gravação, o programa foi colocado no ar, dentro de uma grade de programação pré-agendada, ao mesmo tempo em que foi disponibilizado na internet, na página eletrônica da TV Câmara. Lá, qualquer cidadão pode acessar e ver os debates, como cabe a um serviço público e democrático ligado ao Parlamento brasileiro. O debate daquele dia, realmente, rendeu audiência, tanto que acabou sendo reproduzido em muitos sites da blogosfera.

Fortes continua sua crítica, aduzindo que o programa sofreu censura por ter exposto ao público uma face do Poder Judiciário que não é conhecida da população:

Qual foi minha surpresa ao ser informado por alguns colegas, na quarta-feira passada, dia 18 de março, exatamente quando completei 43 anos (23 dos quais dedicados ao jornalismo), que o link para o programa havia sido retirado da internet, sem que me fosse dada nenhuma explicação. Aliás, nem a mim, nem aos contribuintes e cidadãos brasileiros. Apurar o evento, contudo, não foi muito difícil: irritado com o teor do programa, o ministro Gilmar Mendes telefonou ao presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, do PMDB de São Paulo, e pediu a retirada do conteúdo da página da internet e a suspensão da veiculação na grade da TV Câmara. O pedido de Mendes foi prontamente atendido. Sem levar em conta o ridículo da situação (o programa já havia sido veiculado seis vezes pela TV Câmara, além de visto e baixado por milhares de internautas), esse episódio revela um estado de coisas que transcende, a meu ver, a discussão pura e simples dos limites de atuação do ministro Gilmar Mendes. Diante desta submissão inexplicável do presidente da Câmara dos Deputados e, por extensão, do Poder Legislativo, às vontades do presidente do STF, cabe a todos nós, jornalistas, refletir sobre os nossos próprios limites. Na semana passada, diante de um questionamento feito por um jornalista do Acre sobre a posição contrária do ministro em relação ao MST, Mendes voltou-se furioso para o repórter e disparou: "Tome cuidado ao fazer esse tipo de pergunta". Como assim? Que perguntas podem ser feitas ao ministro Gilmar Mendes? Até onde, nós, jornalistas, vamos deixar essa situação chegar sem nos pronunciarmos, em termos coletivos, sobre esse crescente cerco às liberdades individuais e de imprensa patrocinados pelo chefe do Poder Judiciário? Onde estão a Fenaj, e ABL e os sindicatos?

A situação chegou a um ponto tal que, em 22 de abril do corrente ano, durante um julgamento no STF, Mendes acusou o também o ministro Joaquim Barbosa de “julgar por classe”. Barbosa, por sua vez respondeu⁴⁶:

Eu sou atento às conseqüências das minhas decisões. Vossa Excelência está destruindo a Justiça deste país e vem agora dar lição de moral em mim. Saia à rua, ministro Gilmar. Faça o que eu faço. Vossa Excelência está na mídia, destruindo a credibilidade do Judiciário brasileiro. Vossa excelência quando se dirige a mim não está falando com os seus capangas do Mato Grosso, ministro Gilmar.

No mesmo dia, uma nota foi divulgada no *site* do STF⁴⁷:

Os ministros do Supremo Tribunal Federal que subscrevem esta nota, reunidos após a Sessão Plenária de 22 de abril de 2009, reafirmam a confiança e o respeito ao Senhor Ministro Gilmar Mendes na sua atuação institucional como Presidente do Supremo, lamentando o episódio ocorrido nesta data. Ministro Celso de Mello - Ministro Marco Aurélio - Ministro Cezar Peluso - Ministro Carlos Ayres Britto - Ministro Eros Grau - Ministro Ricardo Lewandowski - Ministra Cármen Lúcia - Ministro Menezes Direito.

Os citados episódios envolvendo a cúpula do Poder Judiciário brasileiro são exemplos claros que demonstram um Poder que não atua conforme sua real missão: zelar pelos direitos sociais.

O “saia à rua” dito pelo ministro Joaquim Barbosa ao ministro Gilmar Mendes bem traduz um Poder Judiciário que finge não conhecer alguns de seus jurisdicionados, que se satisfaz com preceitos abstratos como “todos são iguais perante a lei” e que trabalha com conceitos formais que são interpretados em favor da classe dominante.

Digo “que finge não conhecer alguns de seus jurisdicionados” na medida em que, enquanto o Banqueiro Daniel Dantas é solto com uma rapidez impressionante, a doméstica Angélica Aparecida Souza Teodoro ficou quatro meses presa “preventivamente” por ter subtraído de um supermercado um pote de manteiga de R\$ 3,20⁴⁸. Já João Pereira da Silva, açougueiro, cumpriu dez

⁴⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u554762.shtml> . Acesso em 22/04/2009 - 21h58 hrs.

⁴⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106628>. Acesso em 23/03/2009, 15:09 hrs. Não assinaram a nota apenas os envolvidos na polêmica, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, além de Ellen Gracie, que se encontrava fora do Brasil. Devemos salientar que esta não foi a primeira vez que os ministros discutiram em plenário, já que, em setembro de 2007, os dois se desentenderam.

⁴⁸ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u119721.shtml>. Acesso em 29/03/2009, 22:43 hrs.

meses de prisão por ser homônimo de outro indivíduo que havia praticado um roubo de R\$ 162,00.⁴⁹

O caso da doméstica e do açougueiro não são casos isolados.

No processo trabalhista nº 01718.2007.027.13.00-6, que tramitou na vara do Trabalho de Santa Rita-PB, a magistrada Adriana Sette da Rocha Raposo, durante a sentença, fez o seguinte comentário:

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele.

Diante da repercussão das suas afirmações, posteriormente a magistrada pediu desculpas, com as seguintes palavras⁵⁰:

A propósito de matérias sobre mim publicadas na semana em curso, em vários órgãos da imprensa nacional: confesso que fui infeliz nos exórdios de algumas sentenças proferidas na Vara da Justiça do Trabalho de Santa Rita-PB, da qual sou titular. Neles, repeti conceitos errôneos, despropositados sobre a natureza da magistratura, de que desejo aqui me retratar. A missão entregue ao juiz é, de fato, sublime. Tanto que o próprio Mestre aconselhou: "não julgueis", como se quisesse advertir que do julgar ninguém seria digno o bastante. No entanto, os homens precisam de Justiça e pedem por Justiça. E assim, a tarefa sublime acaba em mãos humanas, como as minhas, as dos meus pares. E homens, quando julgam homens, não estão livres das limitações de saber e de entendimento, dos defeitos de linguagem e dos vícios de sentimento inerentes à condição humana. Daí o risco sempre iminente do erro. Este é o drama do julgador (e o presente episódio constitui dentro dele um capítulo pessoal particularmente doloroso). E isso, o que eu decerto teria escrito, num momento de maior felicidade. De coração, peço desculpas àqueles a quem eu ofendi com minhas palavras. Conforta-me apenas o fato de que, em nenhuma das matérias do meu conhecimento, tenha sido questionada a lisura das sentenças que dei. Santa Rita-PB, 22 de novembro de 2007.

Não é o primeiro e nem será o único de caso de megalomania dos magistrados brasileiros. Aliás, vários são os casos.

⁴⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u332583.shtml>. Acesso em 29/03/2009, 23:34 hrs.

⁵⁰

<http://www.trt13.jus.br/engine/interna.php?tit=Not%C3%ADcias&pag=exibeNoticia&codNot=740>. Acesso em 30/03/2009, 17:09 hrs.

Em 2004, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sentenciou determinando que um magistrado fosse chamado de “doutor”, sob pena de estar se desrespeitando a função, tendo o desembargador proferido as seguintes palavras⁵¹:

Tratando-se de magistrado, cuja preservação da dignidade e do decoro da função que exerce, e antes de ser direito do agravante, mas um dever e, verificando-se dos autos que o mesmo vem sofrendo, não somente em enorme desrespeito por parte de empregados subalternos do condomínio onde reside, mas também verdadeiros desacatos, mostra-se, *data vênia*, teratológica a decisão do juízo *a quo* ao indeferir a antecipação de tutela pretendida. Isto posto, defiro-a de plano.

O comportamento do magistrado é típico de alguns bacharéis em Direito que se autodenominam “doutores” amparados por uma lei de 11 de agosto de 1827. Recalcados por não possuírem títulos acadêmicos, banalizam o significado da expressão “doutor” e a utilizam não como um signo de conhecimento e esforço, mas como pronome de tratamento cujo objetivo é diferenciá-los dos demais. Sentem-se desrespeitados e diminuídos se assim não forem chamados. Vejamos o que diz POUBEL⁵²:

O título de doutor foi concedido aos advogados por Dom Pedro I, em 1827. Título este que não se confunde com o estabelecido pela Lei nº 9.394/96 (Diretrizes e Bases da Educação), aferido e concedido pelas Universidades aos acadêmicos em geral. A Lei de diretrizes e bases da educação traça as normas que regem a avaliação de teses acadêmicas. Tese, proposições de idéias, que se expõe, que se sustenta oralmente, e ainda inédita, pessoal e intransferível. Assim, para uma pessoa com nível universitário ser considerada doutora, deverá elaborar e defender, dentro das regras acadêmicas e monográficas, no mínimo uma tese, inédita. Provar, expondo, o que pensa. A Lei do Império de 11 de agosto de 1827: “*cria dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais; introduz regulamento, estatuto para o curso jurídico; dispõe sobre o título (grau) de doutor para o advogado*”. A referida Lei possui origem legislativa no Alvará Régio editado por D. Maria I, a Pia (A Louca), de Portugal, que *outorgou o tratamento de doutor aos bacharéis em direito e exercício regular da profissão*, e nos Decreto Imperial (DIM), de 1º de agosto de 1825, pelo Chefe de Governo Dom Pedro Primeiro, e o Decreto 17874A de 09 de agosto de 1827 que: “*Declara feriado o dia 11 de agosto de 1827*”. Data em que se comemora o centenário da criação dos cursos jurídicos no Brasil. Os referidos documentos encontram-se microfilmados e disponíveis para pesquisa na encantadora Biblioteca Nacional, localizada na Cinelândia (Av. Rio Branco) – Rio de Janeiro/RJ. A Lei 8.906 de 04 de julho de 1994, no seu artigo 87 (EOAB – Estatuto da OAB), ao revogar as disposições em contrário, não dispôs expressamente sobre a referida legislação. Revoga-la tacitamente também não o fez, uma vez que a legislação Imperial constitui pedra fundamental que criou os cursos

⁵¹ [http://www.conjur.com.br/2004-nov-07/tj-](http://www.conjur.com.br/2004-nov-07/tj-rj_manda_porteiro_condominos_chamar_juiz_doutor)

[rj_manda_porteiro_condominos_chamar_juiz_doutor](http://www.conjur.com.br/2004-nov-07/tj-rj_manda_porteiro_condominos_chamar_juiz_doutor). Acesso em 30/03/2009, 17:09 hrs.

⁵² Advogado: Doutor por excelência. Disponível em

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211290605174218181901.pdf>. Acesso em 25/04/2009, 08:56 hrs.

jurídicos no país. Ademais, a referida legislação Imperial estabelece que o título de Doutor é destinado aos bacharéis em direito devidamente habilitados nos estatutos futuros. Sendo assim, basta tecnicamente para ostentar o título de Doutor, possuir o título de bacharel em direito e portar a carteira da OAB, nos termos do regulamento em vigor.

Pura bobagem auto-afirmativa.

Em junho de 2007⁵³, o magistrado Bento Luiz de Azambuja Moreira, juiz da 3ª Vara de Trabalho em Cascavel/PR, cancelou uma audiência porque o trabalhador rural Joanir Pereira estava usando chinelos, estando, portanto, se vestindo de “forma incompatível com a dignidade do Poder Judiciário”. O magistrado, inclusive, ofereceu sapatos usados ao trabalhador.

Ainda em 2007, o juiz Paulo André de França Cordovil, da Vara do Trabalho de Lagoa Vermelha/RS, suspendeu uma audiência porque o trabalhador Lício Campo foi à audiência trajando uma bermuda⁵⁴. Disse o magistrado: “o fórum, um tribunal, são lugares solenes. A pessoa não pode usar trajes de educação física, mas um traje de respeito.”, e completou: “não há qualquer exigência em relação ao estado do traje, mas à forma como a pessoa se apresenta.”

A mania de grandeza não é só dos magistrados. Ela sai dos homens e passa para a arquitetura dos fóruns. Vejamos.

A nova sede do TRF da 1ª Região, em Brasília, projetada por Oscar Niemeyer, terá uma área de 169 mil metros quadrados⁵⁵. Todos os 51 desembargadores possuirão um gabinete de 350 metros quadrados, enquanto que o presidente terá uma sala de 625 metros quadrados, quatro vezes maior que a sala do Presidente da República. Os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem gabinetes menores. A obra está estimada em R\$ 480 milhões.

O Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública (nº 200834000029173) para suspender a obra, mas a medida liminar foi negada

⁵³ <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL63820-5598,00.html>. Acesso em 14/07/2008, 15:38 hrs.

⁵⁴ http://www.conjur.com.br/2007-set-14/trabalhador_bermuda_faz_juiz_suspende_audiencia. Acesso em 14/07/2008, 15:47 hrs.

⁵⁵ http://www.amarribo.org.br/mambo/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1678. Acesso em 19/08/2008, 11:54 hrs.

pelo magistrado da 5ª Vara Federal do Distrito Federal, que determinou a continuação da obra, que continua *sub judice*.

A nova sede do Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília, cuja obra foi inicialmente calculada em R\$ 106,7 milhões, após várias paralisações, custou à União R\$ 202,9 milhões. Na inauguração (fevereiro de 2006), o então presidente do TST, Vantuil Abdala, disse: "Neste governo não faltou numerário suficiente para que a justiça do povo fosse condignamente instalada".⁵⁶

Ao chegar na sede da Justiça Federal do RN (JFRN), o indivíduo se depara com um prédio com imensas colunas, cujo objetivo é simbolizar a pequenez do Homem diante da Justiça.

Além de ser instituída por homens e por prédios, a opressão passa para as regras de comportamento.

Na JFRN existe uma placa afirmando que não é permitida a entrada de homens trajando bermuda e mulheres com "saias curtas".

Suponhamos que determinado indivíduo seja extremamente pobre e possua apenas uma única calça comprida. Imaginemos ainda que, por determinado motivo, o indivíduo em questão não possa utilizar aquela calça (está suja, foi furtada etc.) e se dirija até a JFRN, trajando uma bermuda, para acompanhar seu processo que tramita naquele local. Simplesmente será impedido de adentrar no fórum.

Não há dúvidas que todos devem observar regras básicas de comportamento, se vestindo, quando possível, de forma adequada para cada situação. Todavia, o acesso à justiça é um direito fundamental consagrado na CF e não pode ficar refém de caprichos indumentários.

No exemplo dado (e já tivemos oportunidade de presenciar tal fato), o jurisdicionado ficou sem acesso ao fórum, devendo retornar posteriormente quando estivesse vestido "adequadamente".

Segundo os funcionários do fórum, existem calças e saias disponíveis para os que não vão vestidos de forma adequada, mas, nesse dia, para a tristeza do jurisdicionado, a calça não se encontrava na recepção.

⁵⁶ http://www.amarribo.org.br/mambo/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1678. Acesso em 19/08/2008, 11:54 hrs.

Enquanto isso, a remuneração inicial de um juiz federal da 5.^a Região, prevista no último concurso, é de R\$ 19.955,40⁵⁷ (dezenove mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta centavos).

Não raramente críticas à atuação dos magistrados são vistas como desacato, podendo o indivíduo ser enquadrado no crime previsto no art. 331 do Código Penal. As togas, as solenidades e os prédios imponentes são usados como mecanismos simbólicos de opressão e dominação, escondendo a face oculta de um Poder, como lembra AGUIAR (1990, p. 106):

Quem ocupa um cargo relevante na ordem estabelecida deve ser respeitado, tratado pelos títulos próprios, havendo a possibilidade de alguém, que desrespeite as regras de tratamento, ser condenado a crime específico de desrespeito à autoridade legalmente constituída: o desacato. Mesmo que essa autoridade tenha sido imposta, mesmo que deixe um rastro de sangue e crueldade por onde passe, mesmo que promova a pauperização de um povo, ela, legalmente, deverá ser reverenciada e respeitada pelos que se encontram sob seu jugo até o dia em que “por força maior” ela for derrubada.

Não acreditamos que o ministro Gilmar Mendes e os demais membros do Poder Judiciário precisem “sair à rua” para conhecerem a legião de jurisdicionados que são vítimas do descaso de todos os Poderes da República, inclusive do Poder Judiciário. O Poder Judiciário somente “conhece” esses indivíduos quando quer.

Devemos mencionar que as condutas de Mendes não nos causam surpresa.

Conhecido como “juristucano”, Gilmar Mendes trabalhou na Subsecretaria Geral da Presidência da República (1990-1991) e na Secretaria Geral da Presidência da República (1991-1992), como consultor jurídico, quando defendeu o então presidente Fernando Collor de Melo junto ao STF, órgão que atualmente preside. Entre 1993 e 1994, foi assessor técnico na relatoria da revisão constitucional na Câmara dos Deputados. Na era Fernando Henrique Cardoso, foi subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil (1996-2000), Advogado-Geral da União no governo FHC (2000-2002) - ou seja,

57

http://www.cespe.unb.br/concursos/trf5juiz2009/arquivos/ED_1_2009_TRF_5A_REGIAO_PU__2_.PDF. Acesso em 12/04/2008, 19:17 hrs.

defendeu todos os atos políticos de FHC. Em 2002, Mendes entrou no STF por indicação de FHC (então Presidente da República)⁵⁸.

Assim, o discurso de Gilmar Mendes é um, mas a prática do próprio ministro demonstra que o Poder Judiciário não raramente defende as elites, prática essa que é facilitada justamente pela existência de uma justiça que trabalha com conceitos abstratos e formais, como lembra AGUIAR (1987, p. 68-76):

A justiça dos opressores opera com conceitos que, em última análise, nada significam ou tudo poderão significar. Podemos mesmo dizer que a sobrevivência de certos conceitos antigos de justiça dentro das legislações contemporâneas se deve a essa característica. Assim, o conceito de justiça procura dar credibilidade a certa ordem social, procura legitimar algum tipo de poder formal ou real, pois as expressões pelas quais essa justiça aparece, têm uma nobreza intrínseca, têm uma autoridade, traduzem uma possível dignidade. Como falar mal da igualdade? Como atacar “o seu de cada um”? Como indispor-se contra a “arte do bem”? Como retrucar contra a afirmação de que os pactos devem ser respeitados? Seria loucura um poder qualquer afirmar que rejeita essas afirmações. Mas, por outro lado, é preciso que esse poder redefina, de acordo com seus interesses, qual é “o seu de cada um”, qual é o ideal de bem desejado e quais as normas maiores que devem estar por detrás dos pactos para que eles sejam respeitados. [...] Os poderes se dizem legítimos por tutelarem o bem comum, por traduzirem o espírito de um povo, por buscar o bem-estar da comunidade, por procurarem a felicidade dos cidadãos. Essas palavras não querem dizer absolutamente nada. Elas são véus de fumaça para encobrir os verdadeiros desígnios dos poderes que podem ser traduzidos pela frase: os poderes existem para servir aos interesses de seus detentores.

Assim, a abstração dos conceitos trabalhados pelo Poder Judiciário no manuseio da justiça facilita a utilização desta como instrumento opressor. Afirma AGUIAR (1987, p. 83-84):

As visões mais tradicionais da justiça têm considerado a propriedade como um direito natural do homem que não pode ser ferido sob pretexto qualquer. [...] Outros encaram a propriedade como limitada: o direito de propriedade teria limites determinados por seus fins sociais. Toda vez que algum proprietário particular, pelo uso de sua propriedade ou pela extensão dela, ferisse o direito da coletividade em que se situava, haveria a possibilidade de limitar esse direito particular, pois o social prevalece sobre o particular, aspecto, de resto, aceito em vários ordenamentos jurídicos nacionais, a começar pelo brasileiro. Mas a questão aí invade um aspecto que já foi tratado anteriormente, qual seja, do sentido ambíguo dos tais fins sociais. Para um Estado fascista, fins sociais são os fins que o entendimento fascista impõe ao social. O mesmo se diga de uma ordem liberal ou socialista. Em termos simples, fins sociais não significam nada. Todos os governos, todos os

58

poderes dirão, sem pestanejar, que limitam os direitos de propriedade para fins sociais. É o caso do Brasil, por exemplo...

A história do STF revela outros casos que merecem comentário. Vejamos:

O art. 192, § 3º, da CF/88, gozava da seguinte redação:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em Lei Complementar, que disporá sobre:

Omissis

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos que a lei determinar.

Utilizando argumentos jurídicos questionáveis, o STF decidiu que a norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, que limitava a taxa de juros reais em 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar, ou seja, não era auto-aplicável. Tal decisão permitiu a farrá dos juros extorsivos das instituições financeiras. Foi a alegria dos Bancos, que agora concedem crédito com juros exorbitantes que espoliam o salário do trabalhador. Posteriormente, o citado parágrafo foi retirado da CF/88 pelo Poder Legislativo através da Emenda Constitucional nº. 40/2003, consagrando de vez o entendimento do STF.

Merece destaque ainda a utilização do Direito Penal para fins arrecadatórios por parte do STF, completamente explícita quando da leitura do HC 83414/RS, do STF, cujo relator foi o já citado Ministro Joaquim Barbosa:

Quanto ao mais, observo que, com o advento da Lei 10.684/2003, não há mais necessidade de se pagar o tributo até o recebimento da denúncia (e, portanto, antes mesmo do exaurimento da via administrativa) para que o cidadão não venha a ser processado criminalmente. Isso porque o § 2º do art. 9º da referida lei criou uma causa extintiva da punibilidade consistente no pagamento, a qualquer tempo, do débito. Dessa forma o pensamento dos ilustres ministros do STF parecem se inclinar para uma despenalização completa dos crimes tributários, na medida em que o parcelamento e o pagamento integral dos mesmos em qualquer momento, teria o condão de sobrepujar os efeitos penais, consagrando mais uma vez o princípio do *non olet* (dinheiro não tem cheiro)⁵⁹ que consiste em regra geral tributária

⁵⁹ Nota do autor. A expressão "o dinheiro não tem cheiro", utilizada na decisão, tem sua origem quando o imperador Vespasiano criou uma taxa que incidia sobre os banheiros públicos de Roma, surgindo muitas reclamações e piadas. O filho do imperador, Tito, se sentia envergonhado pela taxa e Vespasiano então deu-lhe uma moeda de ouro para que aquele

enti-elisão, o que atende aos interesses arrecadatários cada vez mais pujantes do Fisco, em detrimento da moralidade administrativa. Nos dizeres do ilustre professor Luiz Flávio Gomes: "Importa mais arrecadar que punir penalmente o autor do crime. Utilitarismo em lugar de uma visão kantiana ou hegeliana (que não abriam mão do castigo penal nunca)".

Traduzindo o posicionamento do STF acerca da sonegação fiscal e suas conseqüências: um empresário que causar um dano ao patrimônio público de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), se parcelar a dívida ou pagá-la imediatamente, terá sua punibilidade extinta (Lei 10.684/2003), não sendo condenado; se um indivíduo furtar uma bicicleta valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), gozará ou dos benefícios de um arrependimento posterior ou de uma atenuante, dependendo de quando devolveu a bicicleta, ou seja, será condenado, mas com diminuição de pena. O STF, poderia, com base no Princípio da Isonomia, aplicar o mesmo tratamento nos dois casos, mas não o faz.

Desta forma, o Direito que, na teoria, pretende se constituir em uma práxis libertadora, acaba se tornando um “obstáculo à transformação social”, como aduz MONREAL, afirmando que o Direito pode, ao contrário de ser um instrumento de ordenação, se constituir em um “pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele” (1988, p. 09).

A capacidade de interpretação das normas é um avanço em relação ao modelo rígido e legalista que por séculos dominou a aplicação da justiça. Todavia, a interpretação, nas mãos das elites, acaba, como lembra VIANNA (1997, p. 47), por produzir

...o retorno das marcas anacrônicas do iberismo ilustrado brasileiro, em que uma elite, ao se investir de papel de intérprete privilegiado da reta razão, reclama obediência da sociedade em nome dos seus ditames superiores.

O nosso Poder Judiciário maneja o Direito em função das elites, produzindo uma justiça mascarada pela ideologia que de “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza”. Para os excluídos não há justiça, há desprezo, como lembra AGUIAR (2004, p. 14):

(Tito) cheirasse e disse: Non olet ("Não tem cheiro"). No Direito Tributário pátrio o Princípio do Non Olet é utilizado para punir os sonegadores de impostos, em especial os de renda, ainda quando esta renda tenha origem em fatos criminosos, tendo em vista que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de renda e até a renda não declarada proveniente de ilícito penal caracteriza a sonegação fiscal.

...temos a presença marcante dos excluídos de todo o gênero, parcela importante absolutamente ignorada pelo direito, já que não tem importância patrimonial ou econômica, sendo considerada como um conjunto de não-seres humanos, de coisas, que por essa razão não são contemplados como sujeitos pela juridicidade, que não tem qualquer proposta para eles a não ser o desprezo.

Capítulo 4 – Justiça e Direito: articulações teóricas e percepções dos usuários do Núcleo de Assistência Jurídica da UFRN

Neste capítulo apresentaremos os resultados da pesquisa com os 100 usuários do NAJ/UFRN entrevistados e analisaremos os mesmos.

A metodologia utilizada na pesquisa consistiu em duas etapas.

Na primeira etapa aplicamos um questionário padrão que continha duas fases (cf. anexo II para visualizar o questionário). A primeira fase visava a caracterizar os indivíduos pesquisados, que responderam perguntas sobre gênero, faixa etária, grau de instrução, faixa de renda individual mensal, por residência (considerando as Zonas Administrativas) e tipo de demanda patrocinada pelo NAJ/UFRN.

Na segunda fase do questionário fizemos perguntas sobre os seguintes temas: agilidade dos magistrados; volume de trabalho dos magistrados; salário (subsídio) dos magistrados; imparcialidade e neutralidade dos magistrados; corrupção no Poder Judiciário; relação dos usuários do NAJ/UFRN com os serventuários e magistrados do Poder Judiciário; contato com a Constituição Federal e visão geral dos entrevistados acerca da prestação jurisdicional.

Na segunda etapa da pesquisa entrevistamos diretamente cinco usuários do NAJ/UFRN. As entrevistas eram em parte dirigidas, já que fizemos perguntas pré-escolhidas. Contudo, não seguimos um roteiro padrão, já que as respostas dadas por cada entrevistado muitas vezes nos levou a formular perguntas específicas para cada caso.

A metodologia realizada - aplicação do questionário e realização das entrevistas orais com 5% dos entrevistados - teve como objetivo investigar com mais profundidade os temas colocados em pauta.

Não podemos esquecer as palavras de QUIVY e CAMPENHOUDT (2005, p. 79), que aduzem ser a função das entrevistas exploratórias:

Abrir pistas de reflexão, alargar e precisar os horizontes de leitura, tomar consciência das dimensões e dos aspectos de um dado problema, nos quais o investigador não teria decerto pensado espontaneamente. Permitem também não nos lançarmos em falsos problemas, produtos inconscientes dos nossos pressupostos e pré-noções. As divergências de pontos de vista entre os interlocutores são fáceis de detectar. Podem fazer surgir questões insuspeitadas no início e, portanto, ajudar o investigador a alargar o seu horizonte e a colocar o problema da forma mais correcta possível. As divergências e

contradições impõem-se-nos como dados objectivos. Não somos nós que as inventamos.

As percentagens aqui apresentadas dizem respeito ao universo total de entrevistados, ou seja, as percentagens que se encontram nas tabelas estão relacionadas com o nº cem, que é o total de entrevistados.

4.1 Caracterização dos usuários entrevistados mediante questionário

4.1.1 Distribuição por gênero.

Na fase inicial de pesquisa, quando pesquisamos o gênero dos usuários que procuraram o NAJ/UFRN, constatamos que, dos 253 processos, 173 foram ajuizados por mulheres (68,37%) e 80 por homens (31,63%).

Por esse motivo, a proporção nessa fase final de pesquisa foi feita respeitando a citada quantidade.

Tabela 1

Distribuição dos entrevistados por gênero

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Entrevistados	30 %	70 %	100 %

4.1.2 Distribuição por faixa etária.

Os indivíduos entrevistados tiveram suas idades distribuídas em intervalos.

O entrevistado mais jovem possui 17 anos e o mais velho 75 anos de idade. A faixa etária que apresentou o maior número de entrevistados é a que vai de 21 a 30 anos, com 46. O restante dos dados ficou assim distribuído: abaixo de 21 anos tivemos 11 entrevistados; a faixa que compreende os entrevistados entre 31 e 40 anos teve 20 indivíduos pesquisados; entre 41 e 50 anos tivemos 13 entrevistados; a que vai de 51 a 60 anos teve 7 entrevistados; acima de 60 anos tivemos 3 entrevistados.

Tabela 2

Distribuição dos entrevistados por faixa etária

	Sexo masculino	Sexo feminino	Total
--	----------------	---------------	-------

Abaixo de 21 anos	4 %	7 %	11 %
21-30 anos	8 %	38 %	46 %
31-40 anos	9 %	11 %	20 %
41-50 anos	6 %	7 %	13 %
51-60 anos	2 %	5 %	7 %
Acima de 60 anos	1 %	2 %	3 %

4.1.3 Distribuição por grau de instrução.

Tomando o grau de instrução como parâmetro, tivemos: 8 entrevistados são analfabetos; 15 possuem o nível fundamental incompleto; 12 têm o nível fundamental completo; 18 possuem o nível médio incompleto; 24 têm o nível médio completo; 11 têm superior incompleto; 10 possuem o superior completo; 2 estão cursando pós-graduação (*strictu* ou *lato sensu*).

Devemos destacar que os que entraram na categoria “incompleto” abandonaram ou ainda estão cursando o respectivo nível.

Tabela 3

Distribuição dos entrevistados por grau de instrução

	Sexo masculino	Sexo feminino	Total
Analfabeto	3 %	5 %	8 %
Nível fundamental incompleto	1 %	14 %	15 %
Nível fundamental completo	2 %	10 %	12 %
Nível médio incompleto	3 %	15 %	18 %

Nível médio completo	8 %	16 %	24 %
Superior incompleto	5 %	6 %	11 %
Superior completo	6 %	4 %	10 %
Pós-Graduação (completa ou em curso)	2 %	0 %	2 %

4.1.4 Distribuição por faixa de renda individual mensal.

Pesquisamos ainda a renda mensal individual dos entrevistados, agrupando essa variável em faixas, considerando o salário mínimo como referência.

No primeiro capítulo vimos que o NAJ/UFRN foi criado para atender às pessoas carentes, não havendo norma legal ou institucional que delimite um valor fixo para que alguém seja caracterizado como carente.

A Lei 1.060/50, que fixa normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, aduz em seu art. 2º que “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Esse é critério adotado pelo NAJ/UFRN.

Para o nosso estudo, dividimos a faixa de renda e obtivemos os seguintes resultados: sem renda, correspondendo a 31 entrevistados; 1 salário mínimo, com 22 entrevistados nessa condição; 28 entrevistados ganham entre 1 e 2 salários mínimos; 14 possuem renda mensal entre 2 e 3 salários mínimos; 4 entrevistados recebem entre 3 e 4 salários mínimos; 1 entrevistado ganha acima de 5 salários mínimos.

Tabela 4

Distribuição dos entrevistados por faixa de renda individual mensal

	Sexo masculino	Sexo feminino	Total
Sem renda	7 %	24 %	31 %

1 salário mínimo	5 %	17 %	22 %
Entre 1 e 2 salários mínimos	9 %	19 %	28 %
Entre 2 e 3 salários mínimos	6 %	8 %	14 %
Entre 3 e 4 salários mínimos	2 %	2 %	4 %
Acima de 5 salários mínimos	1 %	0	1 %

4.1.5 Distribuição por residência (considerando as Zonas Administrativas).

Pesquisamos em que local os entrevistados residem, considerando as quatro Zonas Administrativas em que o Município de Natal é dividido: Norte, Sul, Leste e Oeste.

Tabela 5

Distribuição dos entrevistados por residência (considerando as Zonas Administrativas)

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Zona Norte	5 %	17 %	22 %
Zona Sul	11 %	18 %	39 %
Zona Leste	5 %	12 %	17 %
Zona Oeste	9 %	23 %	32 %

4.1.6 Distribuição por tipo de demanda patrocinada pelo NAJ/UFRN.

Por fim, perquirimos em qual tipo de processo patrocinado pelo NAJ/UFRN os entrevistados estão envolvidos. Assim se manifestaram os indivíduos pesquisados: 70 são partes em litígios envolvendo o Direito de

Família; 12 são partes em causas que tratam do Direito Real; 11 são partes em demandas que cuidam do Direito das Sucessões e 7 estavam envolvidos em outros tipos de ação.

Tabela 6

Distribuição dos entrevistados por tipo de demanda

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Direito de Família	19 %	51 %	70 %
Direito Real	5 %	7 %	12 %
Direito das Sucessões	3 %	8 %	11 %
Outros	3 %	4 %	7 %

4.2 Opinião dos usuários entrevistados mediante questionário acerca do prestação jurisdicional.

4.2.1 Agilidade dos magistrados.

O inciso LXVIII do art. 5º da CF, inserido em 2004 pela EC 45, conhecida como “reforma do Judiciário”, aduz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O inciso XIII do art. 93 da CF, também adicionado pela EC 45/04, afirma que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”.

Apesar do que diz a CF, a opinião de 84 entrevistados é a de que os magistrados ultrapassam um tempo aceitável para solucionar os processos judiciais. Apenas 16 indivíduos pesquisados acham que os processos são decididos no tempo necessário.

Tabela 7

Agilidade dos magistrados na ótica dos usuários entrevistados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Os magistrados decidem em tempo razoável as causas	5 %	11 %	16 %
Os magistrados não decidem em tempo razoável as causas	25 %	59 %	84 %

4.2.2 Volume de trabalho dos magistrados.

Quando perguntados sobre a quantidade de trabalho dos magistrados, as respostas foram: 9 acham que os magistrados trabalham demais; 21 acreditam que os juízes trabalham razoavelmente; 36 pensam que os magistrados trabalham pouco; 17 afirmaram que os magistrados trabalham muito pouco e 17 não souberam ou não quiseram responder.

Tabela 8

Volume de trabalho dos magistrados na visão dos entrevistados

	Sexo masculino	Sexo feminino	Total
Trabalham demais	3 %	6 %	9 %
Trabalham razoavelmente	7 %	14 %	21 %
Trabalham pouco	12 %	24 %	36 %
Trabalha muito pouco	5 %	12 %	17 %
Não souberam/Não quiseram responder	3 %	14 %	17 %

4.2.3 Subsídio (salário) dos magistrados.

Quando apresentados à média salarial mensal de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) dos magistrados de primeiro grau no Brasil, as opiniões

ficaram assim distribuídas: 39 acreditam que o salário dos magistrados é alto demais para a função de juiz; 46 pensam que o salário percebido pelos juízes é compatível com a função da magistratura; 15 não souberam ou não quiseram responder.

Nenhum entrevistado afirmou que o salário recebido pelos magistrados é baixo para a função que exercem.

Interessante destacar que foi recorrente entre os entrevistados a afirmação de que é preferível o magistrado ter um salário relativamente alto como forma de evitar que a corrupção se instale dentro do Poder Judiciário.

Tabela 9

Opinião dos usuários do NAJ/UFRN quanto ao subsídio dos magistrados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Além do necessário para a função	12 %	27 %	39 %
Compatível com a função	17 %	29 %	46 %
Baixo para a função	0	0	0
Não souberam/Não quiseram responder	1 %	14 %	15 %

4.2.4 Imparcialidade e neutralidade dos magistrados.

Inicialmente, 46 entrevistados acreditam que as emoções, valores e problema pessoais dos magistrados de alguma forma interferem no julgamento das causas, prejudicando o raciocínio do juiz na hora da sentença, enquanto que 29 pensam o contrário. Não souberam/quiseram responder 25 entrevistados.

Tabela 10

Interferência das emoções, valores e problemas pessoais dos magistrados no julgamento

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
--	----------------	---------------	-------

Interferem	16 %	30 %	46 %
Não interferem	8 %	21 %	29 %
Não souberam/Não quiseram responder	6 %	19 %	25 %

Outros aspectos que envolvem a imparcialidade dos magistrados foram abordados. Perguntamos aos entrevistados se pedidos de terceiros (autoridades, amigos, pessoas com influência etc.) podem ser levados em conta pelos magistrados no momento do julgamento e as seguintes respostas foram dadas: 56 acreditam que os magistrados se deixam influenciar por pedidos de terceiros no julgamento das causas e 22 entrevistados acham que tal fato não ocorre. Já 22 indivíduos pesquisados não souberam/não quiseram responder.

Tabela 11

Interferência de terceiros no julgamento dos processos

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Interferem	18 %	38 %	56 %
Não interferem	7 %	15 %	22 %
Não souberam/Não quiseram responder	5 %	17 %	22 %

Questionamos se os entrevistados já fizeram ou fariam uso de terceiros para obter algum benefício processual por parte de um serventuário do Poder Judiciário ou magistrado (como agilizar algum ato processual).

Colocamos para eles a seguinte pergunta: “Caso você conhecesse um servidor da vara em que seu processo tramita ou uma autoridade pública amiga do juiz da causa, pediria a ele que falasse com o magistrado, para que este julgasse logo seu processo? Você já fez uso dessa prática alguma vez?”.

Quatro entrevistados afirmaram ter feito uso de terceiros para se beneficiarem, tendo um expressamente declarado que é amigo de um serventário do Poder Judiciário, que teria “agilizado” seu processo, colocando-o no gabinete do magistrado antes do tempo esperado.

As demais respostas foram: 59 afirmaram que nunca fizeram uso de terceiros, mas fariam; 26 disseram que nunca fizeram nem fariam uso de terceiros perante o Poder Judiciário; 14 não souberam/não quiseram responder.

Tabela 12

Interferência no processo por parte dos entrevistados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Já fizeram	1 %	0 %	1 %
Nunca fizeram, mas fariam	20 %	39 %	59 %
Nunca fizeram e nunca fariam	7 %	19 %	26 %
Não souberam/Não quiseram responder	2 %	12 %	14 %

Averiguamos ainda se os entrevistados acreditam que o Poder Judiciário é elitista e que quanto maior a prestígio social de uma das partes, maior a chance desta ganhar a causa. As respostas foram: 72 acreditam que sim, o prestígio social pesa na decisão da causa; 15 acham que não; 13 não souberam/quiseram responder.

Tabela 13

Peso da classe social no julgamento da causa na ótica dos entrevistados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
A classe social pesa na hora do julgamento da causa	21 %	51 %	72 %

A classe social não pesa na hora do julgamento da causa	6 %	9 %	15 %
Não souberam/Não quiseram responder	4 %	9 %	13 %

4.2.5 Corrupção no Poder Judiciário.

Indagamos os entrevistados sobre o tema “corrupção no Poder Judiciário”, perguntando-os se eles acreditam que há (e caso haja, qual o nível) corrupção (o exemplo dado foi venda de sentença) no Poder Judiciário.

Obtivemos os seguintes resultados: 14 entrevistados acreditam que a maioria dos magistrados é corrupto; 28 acham que a corrupção existe em um grau médio dentro do Poder Judiciário e que muitos magistrados são corruptos; 43 entrevistados disseram que há corrupção no Poder Judiciário, mas em um índice baixo, com poucos magistrados corruptos; 15 não souberam/não quiseram responder.

Tabela 14

Corrupção no Poder Judiciário na visão dos entrevistados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Alta (maioria dos magistrados é corrupto)	5 %	9 %	14 %
Média (muitos magistrados são corruptos)	9 %	19 %	28 %
Baixa (pouquíssimos magistrados são corruptos)	12 %	31 %	43 %
Não existe corrupção no Poder Judiciário	0	0	0
Não souberam/Não quiseram responder	4 %	11 %	15 %

Todavia, perante os Poderes Legislativo e Executivo, a imagem do Poder Judiciário é a menos desgastada. Quando perguntados sobre qual Poder é o mais corrupto (e explicamos quais cargos compõem cada Poder), as respostas foram: 51 entrevistados asseveraram que o Poder Legislativo é o mais corrupto de todos; 37 afirmaram que Poder Executivo é o mais corrupto; 6 indivíduos pesquisados consideram o Poder Judiciário o mais corrupto; 9 entrevistados não souberam/não quiseram responder.

Tabela 15

Opinião dos entrevistados sobre qual Poder da República é o mais corrupto

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Poder Judiciário	3 %	3 %	6 %
Poder Legislativo	17 %	34 %	51 %
Poder Executivo	9 %	28 %	37 %
Não souberam/Não quiseram responder	1 %	5 %	6 %

4.2.6 Relação dos usuários do NAJ/UFRN com os serventuários e magistrados do Poder Judiciário.

Muitas vezes as partes se dirigem até o fórum para obter informações dos processos, mantendo contato com os servidores da Justiça. Quisemos investigar qual a opinião dos usuários do NAJ/UFRN acerca da relação entre estes e os funcionários do Poder Judiciário. A grande maioria, 69 entrevistados, afirmou ter sido bem atendida pelos funcionários do fórum; 18 disseram não terem sido bem atendidos pelos servidores do Poder Judiciário; 13 não souberam/não quiseram responder.

Tabela 16

Qualidade do atendimento dos serventuários do Poder Judiciário na ótica dos entrevistados

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Bem atendidos	21 %	48 %	69 %
Mal atendidos	6 %	12 %	18 %
Não souberam/Não quiseram responder	3 %	10 %	13 %

Desejamos também averiguar a relação entre os usuários do NAJ/UFRN e os magistrados. Cumpre aqui abrir um parênteses.

Dentro do universo de 100 entrevistados, 31 sequer tinham visto o magistrado e 69 apenas tiveram contato indireto com os magistrados em atos processuais específicos, como nas audiências.

Como nenhum teve acesso direto ao magistrado, essa parte da pesquisa ficou prejudicada, mas, ao mesmo tempo, revelou que o Poder Judiciário está distante do povo.

4.2.7 Visão geral dos entrevistados acerca da prestação jurisdicional.

Pedimos aos entrevistados que opinassem em relação ao Poder Judiciário como um todo, apresentando sua visão global acerca da função jurisdicional.

Os entrevistados assim se posicionaram sobre o funcionamento geral do Poder Judiciário: 3 entrevistados qualificaram como “ótimo”; 14 classificaram como “bom”; 29 qualificaram como “regular”; 31 definiram como “ruim”; 16 disseram ser “péssimo”; 7 não souberam/não quiseram responder.

Tabela 17

Visão geral dos entrevistados sobre a prestação jurisdicional

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Ótimo	1 %	2 %	3 %

Bom	3 %	11 %	14 %
Regular	11 %	18 %	29 %
Ruim	10 %	21 %	31 %
Péssimo	4 %	12 %	16 %
Não souberam/Não quiseram responder	1 %	6 %	7 %

Interessante destacar que os 46 indivíduos que classificaram como “ótimo”, “bom” e “regular” são entrevistados cujos processos foram resolvidos através de conciliação, ou seja, as partes entraram em acordo (muito comum em ações envolvendo pensão alimentícia, maior parte dos casos), evitando que o processo prosseguisse.

4.2.8 Contato com a Constituição Federal.

Durante o nosso estudo, sempre fizemos referência à Constituição Federal, citando os dispositivos apropriados para embasar a argumentação que estava sendo exposta.

A Constituição Federal, como já dissemos, é o documento mais importante da República, pois cuida da organização e funcionamento do Estado, além de enumerar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Tendo em vista a relevância da CF, procuramos investigar a “relação” entre os usuários do NAJ/UFRN e a Carta Magna. Os resultados foram os seguintes: 7 têm uma CF em casa; 11 não possuem uma CF, mas já leram pelo menos uma parte dela; 82 não possuem nem nunca leram a CF.

Tabela 18

Contato dos usuários do NAJ/UFRN com a Constituição Federal

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Tem uma CF em casa	4 %	3 %	7 %

Não possui uma CF, mas já a leu (pelo menos parte)	6 %	5 %	11 %
Não possui uma CF nem nunca a leu (pelo menos parte)	20 %	62 %	82 %
Não souberam/Não quiseram responder	0 %	0 %	0 %

4.2.9 Principal meio pelo qual os entrevistados tomam ciência dos seus direitos.

Quando questionados sobre o principal meio pelo qual tomavam ciência dos seus direitos, 100% dos usuários entrevistados apontaram a televisão em primeiro lugar. Como segundo principal meio tivemos: jornal impresso, com 40 menções; revistas, com 37 citações; rádio, citado por 7 entrevistados; 5 disseram se informar com amigos, parentes ou colegas de trabalho; 4 entrevistados citaram a internet; 7 não souberam/não quiseram responder.

Tabela 19

Segundo principal meio pelo qual os usuários do NAJ/UFRN tomam ciência dos seus direitos

	Sexo masculino	Sexo Feminino	Total
Rádio	3 %	4 %	7 %
Jornal impresso	15 %	25 %	40 %
Revista	9 %	29 %	37 %
Internet	2 %	2 %	4 %
Amigos/Parentes/ Colegas de trabalho	2 %	3 %	5 %
Não souberam/Não quiseram responder	1 %	6 %	7 %

4.3 Caracterização dos usuários entrevistados diretamente.

4.3.1 João A. L.

Perfil: 35 anos, casado, pai de dois filhos (um menino com 5 e outro com 2 anos de idade, ambos com a mesma mulher) nível médio incompleto, motorista, residente no Bairro das Quintas, Natal/RN. A esposa trabalha como balconista e ganha um salário mínimo.

Renda mensal (bruta) familiar à época da entrevista: R\$ 1.015,00 (R\$ 600,00 do entrevistado + R\$ 415,00⁶⁰ da esposa).

Local e data da entrevista: Setor I, UFRN, 12/08/2008

Motivo de ter procurado o NAJ/UFRN: o entrevistado se dirigiu ao NAJ/UFRN para dar entrada com pedido de separação judicial.

Como soube do NAJ/UFRN: indicação de amigo.

Trajatória familiar: filho de agricultor e camareira (ambos analfabetos), nasceu em João Dias/RN e veio para Natal/RN aos dois anos de idade, quando o pai conseguiu um emprego em uma companhia de abastecimento de alimentos. Estudou em escola pública, mas abandonou os estudos porque precisava trabalhar.

4.3.2 Márcia G. S.

Perfil: 29 anos, conviveu em união estável com o parceiro por 7 anos, mãe de uma filha de 6 anos com o ex-companheiro, nível fundamental completo, dona-de-casa, residente no Bairro de Potilândia, Natal/RN.

Renda mensal (bruta) familiar à época da entrevista: antes era de R\$ 580,00 (salário do ex-companheiro, caixa de supermercado). Atualmente mora com os pais e se encontra desempregada. Nunca trabalhou.

Local e data da entrevista: Setor I, UFRN, 14/11/2008

Motivo de ter procurado o NAJ/UFRN: a entrevistada se dirigiu ao NAJ/UFRN para dar entrada com pedido de reconhecimento e dissolução de união estável, objetivando obter pensão alimentícia do ex-companheiro, para ela e a filha.

⁶⁰ Salário mínimo à época.

Como soube do NAJ/UFRN: televisão (viu uma reportagem sobre o NAJ/UFRN).

Trajatória familiar: filha de garçom e dona-de-casa (pai com nível médio incompleto e mãe com nível fundamental incompleto), nasceu em Natal/RN, sempre residindo na cidade. Estudou em escola pública, mas abandonou os estudos para ajudar a mãe em casa.

4.3.3 Elízio P. J.

Perfil: 37 anos, divorciado, pai de um filho de 12 anos com a ex-esposa, nível superior completo (formado em zootecnia pela UFRN), “assistente pecuário” de uma produtora de leite em Parnamirim/RN, residente no Bairro do Tirol, Natal/RN.

Renda mensal (bruta) familiar à época da entrevista: R\$ 1.760,00.

Local e data da entrevista: Setor I, UFRN, 21/04/2008.

Motivo de ter procurado o NAJ/UFRN: o entrevistado se dirigiu ao NAJ/UFRN para dar entrada com pedido de revisão de pensão alimentícia para a ex-esposa e o filho, alegando que não pode pagar o valor estipulado quando do divórcio, por atualmente estar endividado com instituições financeiras.

Como soube do NAJ/UFRN: sabia que as universidades prestavam serviços judiciários gratuitos.

Trajatória familiar: filho de engenheiro elétrico e mãe funcionária pública municipal (pai com nível superior e mãe com nível médio completo), nasceu em Natal/RN, sempre residindo na cidade. Estudou em colégio particular.

4.3.4 Edilene S. L.

. Perfil: 23 anos, conviveu em união estável com o parceiro por 8 anos, mãe de duas filhas (uma com 7 outra com 1 ano) com o ex-companheiro, nível fundamental incompleto, dona-de-casa, residente no Bairro Nordeste, Natal/RN.

Renda mensal (bruta) familiar à época da entrevista: antes era de aproximadamente R\$ 800,00 (salário do ex-companheiro, técnico em informática). Atualmente mora com os pais e se encontra desempregada.

Trabalhou por 3 anos como recepcionista, mas precisou deixar o emprego quando nasceu a primeira filha.

Local e data da entrevista: Setor I, UFRN, 01/04/2009.

Motivo de ter procurado o NAJ/UFRN: a entrevistada se dirigiu ao NAJ/UFRN para dar entrada com pedido de reconhecimento e dissolução de união estável, objetivando obter pensão alimentícia do ex-companheiro, para ela e as duas filhas.

Como soube do NAJ/UFRN: indicação de amiga.

Trajatória familiar: filha de mecânico e mãe dona-de-casa (pai e mãe com nível fundamental incompleto), nasceu em Natal/RN, sempre residindo na cidade. Estudou em escola pública, mas abandonou os estudos porque engravidou aos 16 anos.

4.3.5 Lígia L. M.

. Perfil: 25 anos, casada, mãe de um filho de 6 anos com o atual marido, nível fundamental completo, embaladora, residente no Bairro Nordeste, Natal/RN.

Renda mensal (bruta) familiar à época da entrevista: R\$ 415,00⁶¹ (da entrevistada). O marido se encontra desempregado.

Local e data da entrevista: Setor I, UFRN, 15/10/2008.

Motivo de ter procurado o NAJ/UFRN: a entrevistada se dirigiu ao NAJ/UFRN para dar entrada com pedido de separação judicial.

Como soube do NAJ/UFRN: soube através da prima.

Trajatória familiar: filha de comerciante (pai tem uma pequena loja que conserta sapatos no Bairro do Alecrim) e mãe faxineira (pai com nível médio incompleto e mãe com nível fundamental incompleto), nasceu em Natal/RN e sempre residiu na cidade. Estudou em escola pública, mas abandonou os estudos para procurar emprego.

⁶¹ Salário mínimo à época da entrevista.

Nossa pesquisa demonstrou que 72% dos entrevistados acreditam que a classe social é levada em consideração na hora do julgamento (cf. tabela 13). Vejamos alguns relatos obtidos durante as entrevistas:

Tem coisa que a gente pensa em pedir na justiça sim, que sabe que funciona. Pensão [alimentícia] um monte de amiga minha conseguiu. Isso eu sei que funciona, pra rico e pra pobre. (*sic*)

Lígia

A minha rua é uma escuridão só. Quase todo dia tem assalto. É gente com medo de andar na calçada por causa do escuro. Tem um pessoal lá da associação [de moradores] do bairro [Potilândia] que diz que vai no juiz atrás de botar lâmpada, só que eu acho que lá no juiz é difícil pra gente, porque demora muito a justiça. Se fosse a rua de um bairro rico ou de um deputado, aposto que é rápido. (*sic*)

Márcia

Talvez o relato que mais sintetize o pensamento da maioria dos entrevistados é o seguinte:

A gente que mora em local pobre sabe que é difícil ter esses direitos aí... isso que você ⁶² tá dizendo que tem nessa Constituição... o negócio é difícil pra quem mora em local pobre... tem um colégio lá numa rua lá, só que é tudo quebrado e velho... o hospital, o pronto-socorro do bairro [Nordeste], tem um lá, mas a gente é atendido ruim e não sabe se tem médico quando vamos lá... polícia no bairro tem uma guarita lá, mas policial só nuns dias lá, não é sempre não, é menos do que precisa... assim, ter direito a gente até sabe que tem, algumas coisas a gente vê na televisão que a gente tem, que pode pedir na justiça... dizem que a gente pode pedir, que é direito... tem um pessoal lá que já fez assinatura lá, pra levar pra um vereador lá que eles conhecem, pra ver se melhora a coisa... pedir na justiça eu não sei se dá certo não, demora muito e não sabe se vai conseguir né, quando é pra pobre fica mais difícil, a gente é um pouco esquecido pelo governo né... essa história de que justiça é cega, né isso, isso num é bem assim não, é cega pra quem é pobre, pra rico não é não. [...] Essa.. isso... esses direitos aí que o senhor ta me mostrando... a gente sabe assim que tem, vê na televisão, no jornal, mas é a vida da gente é sofrida e fica muito difícil ir atrás de lei, de Constituição... Nunca li não a Constituição... família, criança pra criar... é buscar trabalho... tem tempo pra ler Constituição não... nem ler eu sei direito né... a gente se preocupa com comida, casa, filho... o dinheiro é pequeno... se vira como pode. (*sic*)

Edilene

Como já mencionado no seu perfil (item 2.3.4), Edilene engravidou aos 16 anos e precisou abandonar os estudos (apesar da idade, ainda estava no nível fundamental). Após o nascimento da filha, enfrentou dificuldades financeiras, já que estava desempregada, assim como o namorado, dependendo de ajuda dos pais e dos sogros para criar a criança. Aos 22 anos

⁶² Nós mostramos alguns direitos garantidos na Constituição Federal, como educação, segurança, moradia, transporte, saúde.

engravidou novamente e foi abandonada pelo companheiro, tendo, um ano depois, procurado o NAJ/UFRN para pedir pensão. Definiu assim a sua infância:

A gente sempre foi pobre. Eu brincava na rua... era coisa de criança. Brincava de correr, de pular. [...] Se tive fome? Muita já. Pai era pobre. Trabalhava muito né. Tinha uma oficinazinha lá perto de casa. De pequena eu já sofria com essa vida. Fazer o que né. A gente se vira só, porque ninguém ajuda não. Se for depender desses políticos... não dá futuro não. (*sic*)

Edilene

Considerando a situação em que Edilene se encontra, é difícil exigir que esta se preocupe com a importância de se conscientizar dos seus direitos (como ficou nítido no seu depoimento). Aduz Loewenstein (apud BENEVIDES, 1991, p. 182):

Parece difícil pensar que a Constituição signifique algo, em qualquer lugar para o homem comum, triturado entre as forças de cima e as de baixo; sua atitude é de indiferença, porque ela se mostra indiferente em relação a ele.

Como demonstra a tabela nº 4, nossa pesquisa demonstrou que 31% dos entrevistados estão desempregados, 22% ganham um salário mínimo e 28% recebem entre um e dois salários mínimos, ou seja, 81% dos indivíduos entrevistados estão em uma situação de extrema dificuldade econômica.

Além disso, os entrevistados que já tiveram contato com a legislação aduziram que tiveram dificuldades na compreensão do texto legal, confirmando o que Beccaria disse em 1764, quando afirmou em *Dos Delitos e das Penas* que a dificuldade em compreender as normas legais compromete a liberdade da população. Como dissemos, a ausência de compreensão das normas impede um pleno exercício da cidadania, pois não se pode exigir algo que não se sabe ser dono.

É o cenário perfeito para a dominação e a opressão.

Constatamos ainda uma certa desconfiança no que diz respeito à neutralidade. Enquanto a imparcialidade questiona a atuação do magistrado como ser que não beneficia nenhuma das partes, a neutralidade é atributo que envolve a formação do magistrado como sujeito. Juiz imparcial é magistrado não tendencioso, que rege o processo com igualdade de tratamento. Juiz neutro é o que decide sem levar em conta suas convicções filosóficas, políticas, religiosas etc.

A neutralidade é um mito, na medida em que considera o magistrado um ser indiferente aos valores que o cerca, que surge do nada dentro do conflito, o que não pode ser aceito, como lembra VIANNA (1997, p. 38):

Parte do Estado, engravado em suas estruturas, o Judiciário como ator não está destinado a irromper como portador de rupturas a partir de um constructo racional, que denuncie o mundo como injusto. Ele já está no mundo, instalado no coração das suas instituições e na própria história delas. A idéia de justiça não lhe chega como obra da razão, metafisicamente, uma vez que está contida nas concepções e instituições que materializaram a democracia constitucional, entranhando-se no tecido dos fatos. Neste sentido, a este ator não cabe o papel demiúrgico – ele é apenas o intérprete que desvela a noção de bem e os princípios de justiça já presentes nas instituições. Daí que a realização do ideal de justiça não reclame um ator posto em relação de externalidade quanto àquelas últimas, dado que ele é o intelectual especializado em indagar sobre o seu sentido e garantir continuidade, no seu papel de julgador de casos concretos, aos princípios de justiça e equidade.

O próprio Vianna apresentou pesquisa em que 83% dos magistrados brasileiros não acreditam na neutralidade dos membros do Poder Judiciário pátrio (1997, p. 258).

Interessante frisar que há uma tendência da magistratura agir em bloco, em um movimento uníssono, como frisa BONELLI⁶³:

Os magistrados aparecem como uma corporação coesa em vários estudos, seja partilhando valores comuns cimentados ao longo de anos de socialização na carreira (Bonelli, 2002; Junqueira, et alii, 1997), seja reforçando os interesses da classe dominante (Koerner, 1998). Mesmo quando se fazem diagnósticos de mudança no sistema de valores que orienta a magistratura, a passagem de uma visão tradicional para uma mais moderna ocorre em bloco (Vianna, et alii, 1997). Passa-se de uma antiga visão dominante para uma nova visão dominante, como se isso resultasse das alterações na composição social do grupo ou do entorno social, das mudanças na sociedade, sem que existisse internamente uma minoria travando lutas cognitivas para dar novos sentidos ao fazer profissional. Trata-se de uma percepção de profissão como unidade, no singular. É uma visão impregnada por um significado de profissionalismo que dá ênfase à sua capacidade geradora de sentimentos partilhados, decorrentes da crença no mérito, na expertise e na autonomia.

Contudo, a mesma autora lembra que existem movimentos “rebeldes” dentro do Poder Judiciário, conscientes das falhas do sistema jurídico, mas que se vêem impossibilitados de se pronunciarem diante da pressão da cúpula da categoria, que não raramente exige padronização dos discursos⁶⁴:

Um exemplo da categoria modelo de juiz foi extraído do discurso do desembargador Silvio Lemmi, na posse dos juízes substitutos, em

⁶³ Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23558.pdf>. Acesso em 14/04/2009, 18:49 hrs.

⁶⁴ Ideologias do profissionalismo em disputa...

1989: (...) “Colocados em posição privilegiada em relação aos demais cidadãos, já não tereis o direito de vos expressardes politicamente. Não tereis ideologias, nem preconceitos sociais ou religiosos. Em qualquer desses assuntos guardareis o silêncio da Trapa. Do mesmo modo, não podereis falar em classe ou categoria profissional, segundo a linguagem da legislação trabalhista.” (...) (RJTJESP 116, 1989).

Haveria, assim, uma inclinação natural do Poder Judiciário em minimizar episódios que expõem as falhas da magistratura, colocando panos quentes em situações gravíssimas. O próprio CNJ é exemplo disso, já que conserva nas mãos do próprio Poder Judiciário o controle disciplinar dos seus membros.

Por tudo que foi dito até agora é de se entender o fato de que a maioria dos entrevistados (72%) acredita numa justiça que segrega por critérios econômicos. “Justiça é coisa de rico”, disse um deles, no que foi seguido por vários. O pensamento desses entrevistados pode ser definido nas palavras de CARVALHO (2006, p. 215-216):

O Judiciário também não cumpre seu papel. O acesso à justiça é limitado a pequena parcela da população. A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer. Os poucos que dão queixa à polícia têm que enfrentar depois os custos e a demora do processo judicial. Os custos dos serviços de um bom advogado estão além da capacidade da grande maioria da população. Apesar de ser dever constitucional do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos pobres, os defensores públicos são em número insuficiente para atender à demanda. Uma vez instaurado o processo, há o problema da demora. Os tribunais estão sempre sobrecarregados de processos, tanto nas varas cíveis como nas criminais. Uma causa leva anos para ser decidida. O único setor do Judiciário que funciona um pouco melhor é o da justiça do trabalho. No entanto, essa justiça só funciona para os trabalhadores do mercado formal, possuidores de carteira de trabalho. Os outros, que são cada vez mais numerosos, ficam excluídos. Entende-se, então, a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos. A parcela da população que pode contar com a proteção da lei é pequena, mesmo nos grandes centros. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os "doutores", que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. Os "doutores" são invariavelmente brancos, ricos, bem vestidos, com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários. Frequentemente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu benefício. [...] Para eles, as leis ou não existem ou podem ser dobradas.

Todavia, para Jessé Souza⁶⁵, é imperioso quebrar com uma percepção economicista da realidade, tendo em vista que tal visão acaba por mascarar a

⁶⁵ Cumpre frisar que Jessé Souza abandona a idéia de totalidade, ao separar o fator cultural do econômico. Nesse sentido, a crítica de VAISMAN: “O ser não é uma categoria abstrata, na

realidade social, reduzindo as mazelas sociais à lógica da acumulação econômica, como aduz SOUZA no artigo *A ralé eternizada*⁶⁶:

Como toda visão superficial e conservadora do mundo, a hegemonia do economicismo serve ao encobrimento dos conflitos sociais mais profundos e fundamentais da sociedade brasileira: sua nunca percebida e menos ainda discutida "divisão de classes". O economicismo liberal, assim como o marxismo tradicional, percebe a realidade das classes sociais apenas "economicamente", no primeiro caso como produto da "renda" diferencial dos indivíduos e no segundo caso como "lugar na produção". Isso equivale, na verdade, a esconder e tornar invisíveis todos os fatores e pré-condições sociais, emocionais, morais e culturais que constituem a renda diferencial. Esconder os fatores não econômicos da desigualdade é, na verdade, tornar invisível tanto a gênese quanto a reprodução da desigualdade no tempo. Para se compreender como as classes sociais são diferencialmente produzidas é necessário perceber como os "capitais impessoais" que constituem a hierarquia social e permitem a reprodução da sociedade moderna - o capital cultural e o capital econômico - são também diferencialmente apropriados. O capital cultural, sob a forma de conhecimento técnico e escolar, é fundamental para a reprodução tanto do mercado quanto do Estado modernos. É essa circunstância que torna as "classes médias", que se constituem historicamente precisamente pela apropriação diferencial do capital cultural, uma das classes dominantes desse tipo de sociedade. A classe alta se caracteriza pela apropriação, em grande parte pela herança de sangue, de capital econômico, ainda que alguma porção de capital cultural esteja sempre presente. O processo de modernização brasileiro constitui não apenas as novas classes sociais que se apropriam diferencialmente dos capitais cultural e econômico. Ele constitui também uma classe inteira de indivíduos não só sem capital cultural nem econômico, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das pré-condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação. É essa classe social que designo em meus trabalhos de "ralé" estrutural, não para "ofender" essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social: o abandono social e político, "consentido por toda a sociedade", de toda uma classe de indivíduos "precarizados" que se reproduz há gerações enquanto tal.

Isto posto, para Jessé Souza, as desigualdades sociais não podem ser apenas analisadas pelo prisma socioeconômico, já que existem fatores não

medida em que é compreendido como totalidade concreta dialeticamente articulada em totalidades parciais. Esta estrutura constitutiva do ser, a que Lukács designa como um 'complexo de complexos' – tomando de empréstimo a terminologia de Nicolai Hartmann – apresenta-se sempre por meio de uma intrincada interação dos elementos no interior de cada complexo. O complexo no interior desta perspectiva é compreendido e determinado como um conjunto articulado de categorias que se determinam reciprocamente, e estruturado de forma decisiva por uma categoria que atua como momento preponderante em seu interior. Desse modo a 'universal processualidade do ser deriva não somente da complicada interação dos 'elementos' (complexos) no interior de cada complexo e dos complexos entre si, mas da presença cada vez de um *übergreifendes Moment* que fornece a direção objetiva do processo, o qual se configura por isso como um processo histórico' (SCARPONI, 1976, p.XIII)."

Ademais, afirma KOSIC (2002, p. 50): a compreensão dialética da totalidade significa não só que as partes se encontram em relação de interna interação e conexão entre si e com o todo, mas também que o todo não pode ser petrificado na abstração situada por cima das partes, visto que o todo se cria a si mesmo na interação das partes.

⁶⁶ Disponível em <http://www.emdiacomacidania.com.br/documento.php?titulo=a-rale-eternizada-por-jesse-souza>. Acesso em 09/08/2008, 11:37 hrs.

econômicos de natureza moral, cultural e emocional, que atuam como pré-condições da reprodução da desigualdade, como SOUZA afirmou em entrevista ao site Ecodebate em 19 de março de 2007 ⁶⁷:

O progresso econômico é visto como panacéia para resolver problemas como desigualdade, marginalização e subcidadania. É uma crença fetichista, que faz esperar do crescimento a resolução de nossas questões sociais. O debate sobre a desigualdade brasileira tem sido travado sob o signo da fragmentação do conhecimento e da percepção da realidade. Criticar o economicismo, e o liberalismo que é a sua ideologia mais acabada, não significa não reconhecer a importância fundamental da economia e do mercado. Mas é preciso ir contra a leitura superficial e rasteira de um mundo complexo e desigual, como se a única variável fosse a econômica. Os economicistas desconhecem que a reprodução de classes marginalizadas envolve a produção e a reprodução das condições culturais e políticas da marginalidade. Por outro lado, a 'glorificação do oprimido' é a melhor maneira de reproduzir a miséria e o abandono indefinidamente. Isso secundariza aspectos fundamentais e não-econômicos da desigualdade social, como a ausência de auto-estima, de reconhecimento social, de aprendizado familiar de papéis básicos, bem como a realidade da reprodução social de uma 'ralé', cujo substrato moral, político e social é diferente do da classe média. Se assim fosse, o miserável e sua miséria seriam fortuitos, mero acaso do destino, sendo sua situação de privação reversível, bastando ajuda passageira e tópica do Estado para que ele possa andar com suas pernas. Essa, aliás, é a lógica das políticas assistencialistas nacionais que estão condenadas ao curto prazo e à miopia.

Assim, para Jessé SOUZA ⁶⁸, deve-se acabar com “a tendência a se criar o que poderíamos chamar de ‘fetichismo da economia’ – como se o crescimento econômico por si só pudesse resolver problemas como desigualdade excludente e marginalização” e que o fato de o Brasil “ter sido o país de maior crescimento econômico do mundo entre 1930 e 1980, sem que as taxas de desigualdade, marginalização e subcidadania tivessem sido alteradas significativamente, deveria ser um indicativo evidente do engano dessa pressuposição” e assevera SOUZA ⁶⁹:

O tema da importância da classe social tem sido injustamente colocado em um papel secundário entre nós, no contexto do debate sobre a singularidade de nossa desigualdade, como uma espécie de “resíduo do marxismo mecanicista e redutor”, e relegado a um segundo plano de análise. Ainda que concorde com a crítica ao reducionismo marxista em toda sua extensão, esse tipo de crítica esquece muito facilmente

⁶⁷ Disponível em <http://www.ecodebate.com.br/2007/03/19/estudos-reiteram-que-a-invisivel-desigualdade-brasileira-nao-sera-resolvida- apenas-com-crescimento-economico-do-pais-por-carlos-haag/> Acesso em 09/08/2008, 12:45 hrs.

⁶⁸ A gramática social da desigualdade brasileira. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092004000100005&script=sci_arttext. Acesso em 07/09/2008, 07:38 hrs.

⁶⁹ Raça ou classe? Sobre a desigualdade brasileira. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452005000200003&script=sci_arttext. Acesso em 07/09/2008, 08:10 hrs.

que Marx não é o único teórico das classes sociais e que certamente não é o mais criativo e atual neste tema.

Em *A Construção social da Subcidadania*, Jessé Souza procura, a partir dessa visão “extra-econômica”, elucidar o processo de naturalização da desigualdade social no Brasil. Afirma SOUZA (2006, p. 17), que sua proposta é comprovar

...como a naturalização da desigualdade social de países periféricos de modernização recente como o Brasil pode ser mais adequadamente percebida como consequência, não a partir de uma suposta herança pré-moderna e personalista, mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma o país paulatinamente a partir de inícios do século XIX. Nesse sentido, meu argumento implica que nossa desigualdade - e sua naturalização na vida cotidiana - é moderna, posto que vincula a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação "de fora para dentro". Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da "impessoalidade" típica dos valores e instituições modernas.

Para Jessé Souza, o modelo escravocrata de produção empregado durante quatro séculos acabou construindo uma “ralé estrutural”, assim definida pelo autor (2006, p. 122):

Seres humanos a rigor dispensáveis, na medida em que não exercem papéis fundamentais para as funções produtivas essenciais e que conseguem sobreviver nos interstícios e nas ocupações marginais da ordem produtiva. [...] Esta sombra da escravidão não será apenas evidente no sentido da vida destinada a uma existência economicamente marginal, mas também, e mais importante, para a definição de um padrão de (não) reconhecimento social muito semelhante àquele do qual o próprio escravo é vítima, embora oculto sob formas aparentemente voluntárias e consensuais que dispensam grilhões e algemas.

Na primeira parte de seu livro, intitulada *A reconstrução da ideologia espontânea do capitalismo*, Jessé Souza enfatiza o pensamento de Charles Taylor, conhecido pelos seus estudos acerca do reconhecimento social. Pertinente aqui citarmos NEVES (2007a, p. 209-211):

O enfraquecimento das teorias e dos regimes políticos reivindicando-se do marxismo, os quais não viam as questões culturais senão sob o ângulo da luta de classes, ajuda-nos a compreender a proeminência teórica do reconhecimento a partir dos anos 80. Nesse sentido, pode-se afirmar que as discussões sobre o reconhecimento e o multiculturalismo passaram a ocupar o espaço teórico deixado vago pela crise do pensamento marxista. [...] De todo o modo, a discussão atual sobre o igualitarismo, seja por movimentos sociais específicos, seja por pesquisadores e intelectuais, ou ainda por políticos e responsáveis de agências internacionais, tem girado em torno de dois conceitos básicos da filosofia social moderna, a saber: o reconhecimento e a redistribuição. A partir do ponto de vista de que apenas as sociedades igualitárias podem ser consideradas sociedades justas, a questão de fundo que vai se desenvolver é de saber em que sentido uma sociedade é igualitária e segundo quais critérios ela é uma sociedade

justa. [...] A premissa básica para os autores que desenvolvem uma teoria pautada no reconhecimento é que este é fundamental para o processo de formação da identidade pessoal e que, por isso, ele deve ser considerado como um importante critério de justiça em uma dada sociedade.

De Taylor, Jessé Souza retira a perspectiva de que o reconhecimento social tem como alicerce a cidadania jurídica e política, evidenciando que a sociedade brasileira, apesar de se intitular democrática e pluralista, materialmente constrói uma categoria de indivíduos que não se reconhecem como detentores de direitos.

Vejamos o que diz TAYLOR (1998, p. 45):

Nossa identidade é em parte formada pelo reconhecimento ou pela ausência deste. Muito freqüentemente, nos casos de falso reconhecimento (misrecognition) por parte dos outros, uma pessoa ou um grupo de pessoas, pode sofrer um prejuízo real, uma distorção efetiva, na medida em que os outros projetem nele uma imagem desvalorizada e redutora de si mesmos. Não reconhecimento e falso reconhecimento podem infligir mal, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém em uma forma de vida redutora, distorcida e falsa... Nessa perspectiva, não-reconhecimento não significa apenas ausência do devido respeito. Ele pode infligir feridas graves a alguém, atingindo as suas vítimas como uma mutiladora auto-imagem depreciativa. O reconhecimento devido não é apenas uma cortesia que devemos às pessoas. É uma necessidade humana vital.

O reconhecimento social não se confunde com a mera atribuição de direitos em um plano formal, mas tem como objetivo a real percepção das diferenças entre os indivíduos, rompendo com as identidades socialmente estabelecidas e aceitas, tendo em vista que, como lembra SOUZA (2006, p. 36):

Apenas o ideal da autenticidade elimina de plano a definição da identidade com base em papéis já dados. A definição da identidade, partindo do ideal de autenticidade implica precisamente uma reação tanto em relação à pressão por conformidade social, quanto em relação a uma atitude instrumental em relação a si mesmo.

Dessa forma, Jessé Souza se filia à perspectiva comunitarista de reconhecimento, ou seja, apesar de existir certa igualdade distributiva, alguns grupos sociais podem se sentir como oprimidos ou discriminados (NEVES, 2007a, p. 212).

Para Taylor, o reconhecimento social se manifesta em duas esferas: a política da igualdade e a política da diferença. A política da igualdade tem como objetivo impedir a divisão dos cidadãos em cidadãos de “primeira” e “segunda” classe, através de medidas que garantam a universalização da dignidade. A política da diferença, segundo Taylor, demanda que os indivíduos tenham

reconhecidas e respeitadas as suas identidades em uma perspectiva singular. Diz TAYLOR (1998, p. 58-59):

Em relação à política de igual dignidade, aquilo que se estabelece visa a igualdade universal, um cabaz idêntico de direitos e imunidades; quanto à política de diferença, exige-se o reconhecimento da identidade única deste ou daquele indivíduo ou grupo, do caráter singular de cada um. Quer dizer, por outras palavras, que é precisamente esta singularidade que tem sido ignorada, disfarçada, assimilada a uma identidade dominante ou de maioria. E é esta assimilação que constitui o pecado cardeal contra o ideal de autenticidade.

A construção da identidade não é um processo solitário, pois aquela (identidade) é edificada ao longo das interações com os demais indivíduos, o que demonstra a relevância do reconhecimento social, como bem lembra TAYLOR (1998, p. 56):

A importância do reconhecimento é, agora, universalmente admitida, de uma forma ou de outra: no plano íntimo, estamos todos conscientes de como a identidade pode ser formada ou deformada no decorrer da nossa relação com os outros-importantes; no plano social, temos uma política permanente de reconhecimento igualitário

Sobre o pensamento de Taylor discorre NEVES (2007a, p. 212-213):

Para Taylor, um dos primeiros filósofos a retomar a discussão do reconhecimento sob uma perspectiva não-hegeliana, o reconhecimento deve ser visto como uma necessidade dos seres humanos na busca de auto-realização. Na constituição do *self* moderno, o tipo de personalidade que se instaura, pautado no individualismo e na auto-realização (Taylor, 1982) torna a temática do reconhecimento fundamental para pensarmos a justiça. Isso será especialmente sublinhado por Taylor, ao tratar do multiculturalismo e do respeito aos direitos das minorias culturais e étnicas nas sociedades contemporâneas. [...] Nessa perspectiva, que Taylor faz remontar a Rousseau e Hegel, o reconhecimento torna-se fundamental na medida em que a modernidade, através do individualismo e do igualitarismo que lhe caracterizam (Taylor, 1989), cria a expectativa de que todos podiam aspirar a um igual reconhecimento por parte da sociedade e do Estado.

Para Jessé Souza, o não reconhecimento social da “ralé estrutural” como prática reiterada não só da sociedade civil, mas das instituições estatais em geral, acaba por gerar uma naturalização da desigualdade, em que é perfeitamente aceitável a existência de indivíduos classificados como subcidadãos.

Na medida em que a formação da identidade se dá, como dito antes, em um processo interativo com os demais indivíduos, à longo prazo, o não reconhecimento social gera um processo de deterioração da própria identidade do indivíduo, que acaba aceitando sua condição de “subgente”, suportando

com naturalidade a referida condição e tolerando que sua cidadania seja reduzida ao mínimo existencial, como assevera TAYLOR (1998, p. 45):

O reconhecimento igualitário não é apenas a situação adequada para uma sociedade democrática saudável. A sua recusa pode prejudicar as pessoas visadas, segundo uma perspectiva moderna generalizada. A projeção de uma imagem do outro como ser inferior e desprezível pode, realmente, ter um efeito de distorção e de opressão, ao ponto de essa imagem ser interiorizada.

Dessa forma, temos um sistema eminentemente cruel: formalmente, reconhece os indivíduos como cidadãos iguais; na sua essência, separa e não reconhece como detentores de direitos os pertencentes às classes subalternas.

Vanessa Aparecida de SOUZA⁷⁰ destaca a importância de Taylor na construção teórica de Jessé Souza:

Em relação à formação da identidade na obra de Charles Taylor – tema do primeiro capítulo –: para Taylor, a formação da identidade dá-se em um cenário de afinidades e oposições, na perspectiva das “avaliações fortes” que consistem em e possibilitam a “[...] discriminação entre o que é certo e errado, melhor ou pior, superior ou inferior [...]” (SOUZA, 2003a, p. 25). A idéia central de Taylor é que a formulação de sentido para nossas vidas ocorre com o estabelecimento de avaliações fortes. Dessa forma, a identidade sempre está relacionada com redes de interlocução – idéias, aliás, também discutidas por Nancy Fraser (1996; 2001). Taylor, ao procurar compreender a modernidade tardia, discute a temática do reconhecimento e das condições sociais para que o respeito e a auto-estima transformem-se no ponto central para a construção de solidariedade. Há duas formas de reconhecimento social que também são formas de atribuição de respeito, auto-estima e formação da identidade: uma universalizante, que é o princípio da dignidade, e outra particularizante, que é o princípio da autenticidade. Pensar a formação da identidade tendo como ponto de partida a autenticidade significa reagir à conformidade social. Para Taylor, a questão central é antes de tudo o ideal da autenticidade e depois o ideal da dignidade. Nesse quadro, o interesse de Jessé Souza em apresentar Taylor é a questão do reconhecimento social que tem como base a cidadania jurídica e política, na medida em que seu objetivo é refletir a respeito da sociedade brasileira como periférica e demonstrar como é possível, em um contexto formalmente democrático, aberto e pluralista, a formação de cidadãos de segunda e terceira classes.

Além disso, Jessé Souza, na linha de Pierre Bourdieu, acredita que o fator cultural é um meio para a justiça. Dessa forma, a ausência de capital cultural entra como pré-condição para manutenção da ideologia da igualdade que mascara a desigualdade. Pedimos licença para, mais uma vez, citar Vanessa Aparecida de SOUZA⁷¹:

⁷⁰ Desigualdade social e subcidadania no Brasil. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a16n24.pdf>. Acesso em 30/04/2009, 23:55 hrs.

⁷¹ Desigualdade social e subcidadania no Brasil.

A segunda subseção da terceira parte, “A ‘ideologia espontânea’ do capitalismo tardio e a construção social da desigualdade”, discute a noção de *habitus* precário fazendo referência aos setores mais tradicionais da classe trabalhadora alemã em meados do século XIX, bem como da brasileira a partir de 1930, incapazes de atender às demandas por qualificação em função do contínuo processo de formação e da flexibilidade da chamada sociedade do conhecimento. Tanto no caso alemão como no brasileiro, ocorreu a formação de um segmento de inadaptados, resultado do chamado *habitus* primário, que são “esquemas avaliativos compartilhados objetivamente ainda que opacos, e quase sempre irrefletidos e inconscientes que guiam nossa ação e nosso comportamento afetivo no mundo” (*idem*, p. 174). De acordo com Jessé Souza, em sociedades periféricas como a brasileira “[...] o *habitus* precário, que implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos, e isso sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados como para as próprias vítimas da precariedade, é um fenômeno de massa e justifica minha tese de que diferencia substancialmente esses dois tipos de sociedades é a produção social de uma ‘ralé’ estrutural nas sociedades periféricas. Essa circunstância não elimina que, nos dois tipos de sociedade exista a luta pela distinção baseada no que se chama de ‘*habitus* secundário’, que tem a ver com a apropriação seletiva de bens e recursos escassos e constitui contextos cristalizados e tendencialmente permanentes de desigualdade. Mas a consolidação efetiva, em grau significativo, das precondições sociais que permitem a generalização de um ‘*habitus* primário’ nas sociedades centrais torna a subcidadania, enquanto fenômeno de massa, restrito apenas as sociedades periféricas, marcando sua especificidade como sociedade moderna e chamando a atenção para o conflito de classe específico da periferia” (*idem*, p. 177). A partir desse quadro, segundo Jessé Souza, não é possível compreender a sociedade brasileira sendo estruturada por princípios pré-modernos como o capital social de relações pessoais. Evidentemente, destaca o autor, as relações sociais são importantes no processo de ascensão social, mas os princípios estruturantes são os capitais econômico e cultural.

Dentro desse pensamento, Jessé SOUZA contextualiza sua tese com uma situação bastante comum no sistema jurídico nacional (2006, p. 174-175):

Se um brasileiro de classe média atropela um brasileiro pobre da “ralé”, por sua vez, as chances de que a lei seja efetivamente aplicada nesse último caso é baixíssima. [...] Permitam-me precisar melhor essa idéia central para todo meu argumento neste livro. Falo de “*habitus* primário”, dado que trata-se efetivamente de um *habitus* no sentido de que essa noção adquire em Bourdieu. São esquemas avaliativos compartilhados objetivamente, ainda que opacos, e quase sempre irrefletidos e inconscientes que guiam nossa ação e nosso comportamento efetivo no mundo. É apenas este tipo de consenso, como que corporal, pré-reflexivo e naturalizado, que pode permitir, para além da eficácia jurídica, uma espécie de acordo implícito que sugere, como no exemplo do atropelamento no Brasil, que algumas pessoas e classes estão acima da lei e outras abaixo dela. Existe, como que uma rede invisível que une desde o policial que abre o inquérito até o juiz que decreta a sentença final, passando por advogados, testemunhas, promotores, jornalistas etc., que, por meio de um acordo implícito e jamais verbalizado, terminam por inocentar o atropelador. O que liga todas essas intencionalidades individuais de forma subliminar e que conduz ao acordo implícito entre elas é o fato objetivo e ancorado institucionalmente do não valor humano, posto que é precisamente o valor diferencial entre os seres humanos que está atualizado de forma

inarticulada em todas as nossas praticas institucionais e sociais, do atropelado.

Utilizando Bourdieu, Jessé Souza afirma que a experiência histórica dos excluídos gerou um *habitus* de classe cuja principal conseqüência é o conformismo diante dos abusos sofridos, bem como uma aceitação incontestada das práticas opressoras (o exemplo do atropelamento acima mencionado ilustra esse fato).

Isto posto, para Jessé Souza, a cultura surge como fator independente em relação às outras dimensões de classe, incluindo a econômica, já que a cultura, por si própria, pode determinar a posição social de certo indivíduo ou de um grupo. Assim, a ausência de capital cultural (e não apenas econômico) predispõe os indivíduos a uma atitude passiva diante das práticas abusivas cometidas pela sociedade e pelo Estado.

Em nossa pesquisa os entrevistados Lígia, Edilene, Márcia e João aduziram que desde cedo convivem com o descaso do Estado, que não implantou políticas públicas que viessem a assegurar a esses indivíduos o exercício dos direitos sociais. Disse João quando da entrevista:

Quando eu era menino era difícil. Lembro que ia ajudar mãe a vender umas toalhas lá no centro da cidade. [...] Se eu tivesse estudado mais acho que a vida seria diferente... [...] Não terminei a escola e isso hoje prejudica não é mesmo? [...] [...] Desde menino a gente sofre com essa falta de ajuda do governo. Fazer o que? Parece que pobre nasceu pra ser maltratado. [...] Alguma coisa que a gente sabe sobre esses direitos que a gente tem é porque vê num jornal, na televisão, mas não sei se isso tem como pedir não. [...] Sei que quando a gente compra um negócio que tem problema pode trocar. Vi isso no jornal. [...] Mas tem coisa que a gente não sabe não. Depende de advogado assim como o Senhor pra saber. [...] Quando a gente sabe, a gente vai atrás. (*sic*)

Filho de agricultor e camareira, ambos analfabetos (cf. item 2.3.1 para ver o perfil de João), João parece se encaixar exatamente no que descreve Jessé Souza. A frase “mas não sei se isso tem como pedir não” (*sic*) quando discorria sobre seus direitos, bem representa que para João um direito é susceptível de ser “pedido” e não exigido.

Percebe-se ainda que, como desde a infância sofreu com o descaso do Estado e da sociedade, João parece aceitar como normais as condutas negligentes das quais foi vítima. Sua história de vida tornou-o assim e, para ele, é assim que deve ser. João não se reconhece como detentor de direitos,

pois sua identidade foi marcada por anos de abusos e omissões (resgatando Taylor).

Entretanto, a expressão “quando a gente sabe, a gente vai atrás” demonstra que o acesso aos meios de cultura que permitem a conscientização dos direitos pode fazer a diferença na melhoria da qualidade da vida e no exercício da cidadania.

Constatamos em nossa pesquisa que os entrevistados tinham noções precárias de certas normas, alguns por já terem enfrentado determinado problema que envolvia Direito, como legislação referente ao consumo e trânsito, outros por terem visto na mídia reportagens sobre alguma legislação.

Todavia, pelo que vimos, não se pode nem dizer que os entrevistados apresentam um conhecimento normativo elementar, pois possuíam apenas informações jurídicas rudimentares e vagas acerca da Constituição e da legislação do país.

Apesar de terem procurado o Poder Judiciário para exigirem seus direitos, 76,67% dos entrevistados alegaram que somente vão atrás de informação jurídica quando se vêem envolvidos em alguma situação em que precisam do Direito.

Evidente que o acesso à justiça também é uma das formas do exercício da cidadania, na medida em que também é um exercício de um direito, como afirmam CAPPELLETTI e GARTH, (1988, p. 8):

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Todavia, o exercício pleno da cidadania passa pela construção de uma sociedade em que o povo é consciente de seus direitos (e deveres), já que não se pode exercer ou exigir um direito que não se sabe ser titular, como aduzem CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 22):

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. [...] Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num

contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.[...] Ademais, as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda.[...] Essa falta de conhecimento, por sua vez, relaciona-se com uma terceira barreira importante – a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo.

Indubitavelmente informação é fundamental para que alguém exerça e exija seus direitos, buscando uma maior inclusão social. Nesse ponto que entra a força do capital cultural, pois não adianta ser bem resolvido economicamente e permanecer na ignorância.

Como se percebe na tabela 19, todos os entrevistados atribuem aos meios de comunicação a principal via de conhecimento de seus direitos. Dependem assim, que a informação seja dita, seja veiculada. Não buscam tais informações. Além disso, 82% dos entrevistados nunca sequer leram a Carta Magna (cf. tabela 18). Essa inércia é um fator a mais que contribui para a permanência dessas pessoas em uma situação de abandono.

Além de repressivo, a função jurisdicional do Estado também serve de suporte hegemônico, reforçando a ideologia imposta pela classe dominante. Nesse sentido, a conscientização dos direitos (através da aquisição de capital cultural) pode servir de mecanismo contra-hegemônico no processo de reforma das práticas abusivas cometidas dentro da magistratura.

Vejamos o depoimento de Elízio:

Entrevistador: Qual o seu objetivo aqui na prática jurídica?

Elízio: Eu vim aqui pra tentar baixar o valor da pensão que eu pago pra minha ex-mulher e pro meu filho. (*sic*)

Entrevistador: É a primeira vez que você procura a justiça?

Elízio: Não. Já acionei uma vez por causa de uma cobrança indevida de um banco. Quando a gente sofre um abuso tem que ir atrás. (*sic*)

Entrevistador: Interessante a sua forma de pensar.

Elízio: Meu pai me dizia que a gente não pode aceitar as coisas assim de graça não. Tem que brigar. (*sic*)

Entrevistador: Posso dizer então que você que foi educado a exigir seus direitos?

Elízio: Sim, lá em casa meu pai comentava sempre, nas refeições, que o verdadeiro cidadão é o que sabe e cobra seus direitos. (*sic*)

Entrevistador: Pelo seu perfil vejo que você teve uma infância relativamente boa.

Elízio: Sim, papai trabalhou em uma construtora e recebia razoavelmente bem. Eu nunca passei necessidade na infância. Agora que cresci as coisas estão mais difíceis [Nesse momento o entrevistado ri]. (sic)

Entrevistador: Podemos dizer então que a sua criação é determinante na sua consciência acerca dos direitos que você tem?

Elízio: Com certeza. Aliás, lembro bem que uma vez meu pai foi enganado por um comerciante e ficou dizendo lá em casa: "esse comerciante vai ver só ! Nesse Brasil a gente tem justiça pra cobrar as coisas". (sic)

Um pouco mais adiante na entrevista disse:

Entrevistador: O que você acha desse fato? [aqui mostramos o caso da doméstica Aparecida]

Elízio: Se fosse um Político ou um milionário eu queria ver se isso ia acontecer. (sic)

Entrevistador: Você acha que o Poder Judiciário favorece os ricos?

Elízio: Em algumas situações sim, todo mundo sabe disso. (sic)

Entrevistador: Então por qual motivo as pessoas ainda vão à justiça?

Elízio: E tem outro canto pra ir? Só tem lá mesmo. E também não é sempre que os juízes favorecem os ricos. Pobre também tem direito, mas não sempre. (sic)

Entrevistador: Como assim?

Elízio: Sei lá, difícil explicar... Veja bem, de vez em quando a justiça tem que dar alguma coisa pros pobres também não acha? Ia ficar muito na cara se toda hora os pobres fossem lascados. De qualquer forma, sempre que eu me sinto prejudicado eu vou atrás. Não aceito que juiz nenhum se faça de cego quando eu tenho direito. Na minha rua mesmo tem um esgoto aberto faz bem um mês. Já liguei pra todo canto e ninguém da Prefeitura resolve. Vou atrás de um advogado pra resolver isso. Aliás, não dá pra fazer isso aqui pela prática não? Processar a Prefeitura pra resolver isso? (sic)

O perfil de Elízio (cf. item 2.3.3) demonstra que a herança cultural deixada pelos seus pais tem influência na sua percepção acerca dos seus direitos. A sua atitude perante os problemas que sofre parece mais contestatória quando comparada com as posições dos demais entrevistados.

Sua formação familiar e seu grau de instrução são fatores determinantes para essa atitude mais agressiva diante dos problemas que enfrenta. Seria, na visão de José Murilo de Carvalho o cidadão de segunda classe. Diz CARVALHO (2006, p. 216):

Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de "cidadãos simples", de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios

necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados. Os "cidadãos simples" poderiam ser localizados nos 63% das famílias que recebem entre acima de dois a 20 salários mínimos. Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.

João, Márcia, Edilene e Lígia, podem ser encaixados como cidadãos de terceira classe, assim definidos por CARVALHO (2006, p. 216-217):

Finalmente, há os "elementos" do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses "elementos" são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os "elementos" estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal.

Entretanto, todos os cinco que foram entrevistados diretamente demonstraram um fato interessante da nossa pesquisa: apesar dos entrevistados serem descrentes em relação ao sistema judicial, estes ainda continuam enxergando-o como o único meio de buscar efetividade pelos direitos.

A ligação entre Poder Judiciário e justiça é impressionantemente reforçada pelos entrevistados. Uma espécie de paradoxo, já que, apesar de acusarem o Poder Judiciário de ser elitista e classista, quando estão diante de um problema, pensam apenas no Poder Judiciário como meio de obter justiça. Vejamos o que disse o entrevistado João:

João: Um dia eu estava trafegando ali pela [avenida] Jaguarari, quando, de repente, o carro que estava na minha frente fez uma curva errada, na contramão e eu acabei batendo nele. Eu tinha razão no acidente mas quem dirigia o carro errado era uma Delegada da Polícia Federal, aí nem fui atrás dos meus direitos. (sic)

Entrevistador: Por qual motivo você não foi atrás?

João: Como ela era da Polícia, se eu chamasse a perícia, iam dizer que eu estava errado. Na justiça o juiz, na dúvida, ia decidir pro lado dela. (sic)

Entrevistador: Porque ele faria isso?

João: Porque ia ser minha palavra contra a dela e ela é Delegada. (sic)

Entrevistador: Mas o juiz tem que decidir de acordo com o que é certo e não conforme a profissão e classe social de quem pede.

João: Isso é que todo mundo diz, mas o Senhor mesmo sabe que não é assim. (*sic*)

Entrevistador: E por qual motivo você veio aqui na prática jurídica? Afinal você está me dizendo que não acredita na justiça.

João: Eu, assim, eu quero dizer... Eu não sei explicar... Tipo... Eu vim pedir uma separação. Justiça não é pra isso também? (*sic*)

Entrevistador: Espere um minuto. Então a justiça funciona pra uma coisa e não funciona pra outra? É isso?

João: Pra quem é rico funciona sempre. Pra quem é pobre assim como eu funciona de vez em quando [nessa hora o entrevistado deu uma pequena risada irônica]. (*sic*)

O discurso ideológico acerca da função do Poder Judiciário é tão antigo e forte que marcou indelevelmente os indivíduos, que, apesar de tudo, relutam em enxergar a justiça como algo apenas opressor. É o que afirma MOSCOVICI (2007, p. 32):

Como pessoas comuns, sem o benefício dos instrumentos científicos, tendemos a considerar e analisar o mundo de uma maneira semelhante; especialmente quando o mundo em que vivemos é totalmente social. Isso significa que nós nunca conseguimos nenhuma informação que não tenha sido distorcida por representações “superimpostas” aos objetos e às pessoas que lhes dão certa vaguidade e as fazem parcialmente inacessíveis. Quando contemplamos esses indivíduos e objetos, nossa predisposição genética herdada, as imagens e os hábitos que nós já aprendemos, as suas recordações que nós preservamos e nossas categorias culturais, tudo isso se junta para fazê-las tais como as vemos. Assim, em última análise, elas são apenas um elemento de uma cadeia de reação de percepções, opiniões, noções e mesmo vidas, organizadas em uma determinada seqüência. [...] Elas (representações) convencionalizam os objetos, pessoas ou acontecimentos que encontram. Elas lhes dão uma forma definitiva, as localizam em uma determinada categoria e gradualmente as colocam em um modelo de determinado tipo, distinto e partilhado por um grupo de pessoas. Todos os novos elementos se juntam a esse modelo e se sintetizam nele. Assim, nós passamos a afirmar que a terra é redonda, associamos comunismo com a cor vermelha, inflação com o decréscimo do dinheiro. Mesmo quando uma pessoa ou objeto não se adequam exatamente ao modelo, nós o forçamos a assumir determinada forma, entrar em determinada categoria, na realidade, a se tornar idêntico aos outros, sob pena de não ser compreendido, nem decodificado. [...] Ao se colocar um signo convencional na realidade, e por outro lado, ao se prescrever, através da tradição e das estruturas imemoriais, o que nós percebemos e imaginamos, essas criaturas do pensamento, que são representações, terminam por se constituir em um ambiente real concreto. [...] O peso de sua história, costumes e conteúdo cumulativo nos confronta com toda a resistência de um objeto material.

A inevitável ligação da justiça com Poder Judiciário decorre do que já dissemos anteriormente: a ausência de mecanismos realmente populares para assegurar os direitos concedidos na Constituição Federal faz com que os indivíduos enxerguem apenas no Poder Judiciário a esperança por justiça. É

em uma espécie de pensamento da seguinte natureza: “eu vou pedir; se eu receber, é lucro.”

Cria-se, assim uma a cidadania tutelada, como bem lembra PASSOS⁷²:

Cidadania tutelada seria aquela formalmente reconhecida mas substancialmente enfraquecida pelo acentuado grau de incapacitação da vontade do governado levada a cabo pelos governantes. Não só incapacitações "diretas", juridicamente institucionalizadas, mas principalmente as incapacitações indiretas, mascaradas "ideologicamente" e que resultam do "não saber" e do "depende" dos indivíduos. A Cidadania institucionalizada formalmente pela Constituição de 1988 foi uma forma acentuada de "cidadania tutelada" porquanto, o enunciada formalmente de um modo superabundante, organizou-se o poder político de molde a não sofrer nenhum tipo de controle social efetivo em condições de limitá-lo, fiscalizá-lo ou direcioná-lo. Mais grave, ainda. Nossa sociedade “fragmentária”, por força se do impasse político havido quando da fase constituinte, encontrou um terreno favorável para institucionalizar um “arquipélagos”, de autonomias, estando hoje o chamado cidadão brasileiro, em verdade, ao sabor do jogo das paixões e da necessidade de afirmação de um sem número de segmentos corporativos, que buscam "mostrar serviço" de modo anárquico e disfuncional, pretendendo com isso justificar os privilégios que se atribuíram.

Dessa forma, a naturalização da desigualdade periférica não chega à consciência de suas vítimas, já que é construída segundo as formas impessoais e peculiarmente opacas e não transparentes e devido à ação, ainda, no âmbito do capitalismo periférico, de uma ideologia espontânea que traveste de universal e neutro o que é contingente e particular (SOUZA, 2006, p. 179).

Podemos afirmar, portanto, que o Poder Judiciário atua como aparelho ideológico e repressivo de Estado. Assevera ALTHUSSER⁷³ (2003, p. 58-59):

Todos os aparelhos ideológicos de Estado concorrem para o mesmo resultado: a reprodução das relações de produção, isto é das relações de exploração capitalista. Cada um deles concorre para esse resultado de uma maneira que lhe é própria, isto é, submetendo (sujeitando) os indivíduos a uma ideologia.

E complementa (2003, p. 107-110):

Apenas do ponto de vista das classes, isto é, da luta de classes, pode-se dar conta das ideologias existentes numa formação social. Não é apenas a partir daí que se pode dar conta da realização da ideologia dominante nos AIE e das formas da luta de classes das quais os AIE são a sede e o palco. Mas é sobretudo, e também a partir daí que se pode compreender de onde provêm as ideologias que se realizam e se confrontam nos AIE. Porque se é verdade que os AIE representam a forma pela qual a ideologia da classe dominante deve necessariamente

⁷² Cidadania Tutelada.

⁷³ Para Althusser os tribunais atuam como aparelhos repressivos. Contudo o autor admite que estes também desempenham função ideológica.

se realizar, e a forma com a qual a ideologia da classe dominada deve necessariamente medir-se e confrontar-se, as ideologias não “nascem” dos AIE, mas das classes sociais em luta: de suas condições de existência, de suas práticas, de suas experiências de luta, etc. [...] A ideologia dominante, que existe no complexo sistema dos aparelhos ideológicos de Estado, é também o resultado de uma dura e muito longa luta de classes, através da qual a burguesia (se tomarmos esse exemplo) só pode conseguir seus fins sob condição de lutar, *ao mesmo tempo*, contra a antiga ideologia dominante, que sobrevive nos antigos Aparelhos, e contra a ideologia da nova classe explorada, que busca suas formas próprias de organização e de luta.

Ao mesmo tempo em que reforça a ideologia da igualdade, o Poder Judiciário pratica dois tipos justiça, reproduzindo a exclusão dos marginalizados provocada pelo sistema capitalista.

Ademais, apesar de todo o discurso acerca da dignidade da pessoa humana, ficou claro que a possibilidade de posturas coercitivas do Estado sobre as pessoas continuam sendo condições para a existência e manutenção do poder nas sociedades modernas.

Apesar de a ideologia mascarar tal fato, decretação e manutenção de prisões ilegais e desnecessárias (apenas para citar um exemplo) demonstram que a violência física continua sendo utilizada como forma de reforçar e reproduzir o poder estatal, já que a violência, conforme POULANTZAS (2000, p. 79):

sustenta permanentemente as técnicas do poder e os mecanismos do consentimento, está inscrita na trama dos dispositivos disciplinares e ideológicos, e molda a materialidade do corpo social sobre o qual age o domínio, mesmo quando essa violência não se exerce diretamente.

A dificuldade dos entrevistados em aceitar tal realidade decorre justamente do fato de que o direito capitalista alude, mas ilude, como bem destaca LAZAGNA ao discorrer sobre Poulantzas⁷⁴:

O direito capitalista atribui a todos os agentes da produção, independentemente do lugar que ocupam no processo de produção, a condição de sujeitos individuais de direitos, fixando-os todos como indivíduos “livres” e “iguais”, capazes de praticar legitimamente atos de vontade. Os valores jurídicos capitalistas conjugam-se, neste sentido, com a estrutura econômica capitalista, na qual os trabalhadores estão separados dos meios de produção e isolados uns dos outros em função da divisão especificamente capitalista do trabalho (Poulantzas, 1970: 238; 274). A ação desses valores jurídicos 1. Suscita a prática econômica da venda “livre” da força de trabalho, através do contrato individual de trabalho; 2. Desorganiza politicamente as classes dominadas enquanto organiza – politicamente – as classes

⁷⁴ Nicos Poulantzas e a teoria regional do político na transição socialista. Disponível em http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt7/sessao1/Angela_Lazagna.pdf. Acesso em 02/05/2009, 22:47 hrs.

dominantes, graças a esse efeito de isolamento que incide sobre as relações econômicas. Já a ação do burocratismo produz o efeito de unidade. Através da *seleção meritocrática dos seus funcionários*, a relação do Estado de tipo capitalista é estabelecida com as classes dominadas: esse tipo particular de Estado se apresenta, pois, como representante da unidade do povo-nação, composto de *pessoas políticas-indivíduos privados* (Poulantzas, 1970: 239). Essa função é desempenhada através da ocultação, aos olhos das classes dominadas, do seu caráter de classe e através da exclusão específica dessas classes das suas instituições (Poulantzas, 197: 240). Os *sujeitos políticos-indivíduos privados*, isolados pelo efeito de isolamento, passam a ser “unificados na universalidade política do Estado-Nação”. A reconstrução da unidade que garante a coesão das relações sociais se dá num plano imaginário (1970: 276) e só é possível, primeiramente, através da ação do aparato burocrático moderno, no interior do próprio aparelho de Estado. Esse aparato “não se apresenta diretamente como aparato de predomínio de classe, mas como a ‘unidade’, o princípio de organização e a encarnação do ‘interesse geral’ da sociedade” (a ocultação permanente do saber no seu interior é possível através da aplicação das regras hierárquicas e formais, em consequência do aparecimento da ideologia jurídico-política burguesa).

Assim, o sistema judicial brasileiro que, teoricamente, deveria amparar os que dele necessitam, independentemente da classe social, acaba utilizando o Direito como instrumento opressor e legitimador das desigualdades sociais.

Os usuários do NAJ/UFRN demonstraram que o sistema de exclusão imposto pelo modelo capitalista de produção se naturalizou a tal ponto que é normal instituições como o Poder Judiciário decidirem quando querem respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Ex positis, considerando tudo o que foi exposto nesse trabalho, nossa hipótese se comprovou: a negligência social nesse país chegou a tal ponto que direitos não são exigidos, mas pedidos como favores.

Considerações finais

Constatamos que a realidade brasileira, diante da atuação opressora do capitalismo periférico, se vê cada vez mais envolta em uma desigualdade social que só tende a crescer, cuja conseqüência é a negação constante dos direitos básicos às classes mais baixas, atentando contra sua dignidade, naturalizando a desigualdade e inviabilizando o pleno exercício da cidadania.

Manipulado pela classe dominante, o Direito acaba contribuindo para a sufocação da classe dominada, tendo em vista que dinamiza o processo de não reconhecimento social, pois, ao ser aplicado de forma diferenciada segundo critérios socioeconômicos, acaba por incutir nos desfavorecidos a idéia de que estes não merecem os direitos que possuem.

A ausência de mecanismos populares concretos que permitam o controle do Poder Judiciário pelo povo e a criação de órgãos corporativistas como Conselho Nacional de Justiça demonstram que nosso sistema jurisdicional não pode ser chamado de democrático como pretendem os falsos moralistas jurídicos.

Na verdade, a justiça brasileira e o manuseio do Direito pelas elites jurídicas são o punho de ferro da opressão e do descaso contra indivíduos espoliados das mais básicas condições de vida.

Some-se a tudo isso o fato de que críticas à justiça não são muito bem vistas pelo Poder Judiciário. Quando, em 2003, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse que era necessário “abrir a caixa preta do Judiciário”, a gritaria foi geral entre os magistrados, cuja histeria resultou com o pronunciamento do Presidente Lula, que se explicou oficialmente sobre suas afirmações⁷⁵.

Obviamente que não se trata de atribuir aqui ao Poder Judiciário toda a culpa pelas mazelas desse país. Seria irresponsabilidade e ignorância ter tal postura. Concordamos com PASSOS⁷⁶, quando este diz:

Não é só o Poder Judiciário que se coloca acima do bem e do mal, olhando apenas para seu próprio umbigo, em termos de responsabilidade. É também o Legislativo, que se imuniza a todo controle social, protegendo-se com a mera participação popular periódica das eleições, encabestrando o eleitor num sistema partidário e num processo eleitoral moldados para possibilitar a invulnerabilidade

⁷⁵ http://www.conjur.com.br/2003-jun-02/stf_encerra_processo_caixa-preta_judiciario?

⁷⁶ Cidadania Tutelada.

dos interesses hegemônicos. É o Executivo, com um poder de cooptação, corrupção e contenção que só não funciona quando nas mãos de incompetentes absolutos ou loucos manifestos. É um Tribunal de Contas adremente organizado para não ser tribunal, nada julgando, nem fazendo contas de nada, nada fiscalizando. É um Banco Central dependente, posto a reboque do Executivo e das pressões econômicas do empresariado nacional. É um Ministério Público que se auto-erigiu em "ombudsman", corporativamente legitimado, como se fosse a instituição um "útero" paridor de legitimações. É uma Polícia Federal e uma Polícia Civil, ao lado de uma terceira, a Polícia Militar, todas senhoras de seus narizes, petulantes, exigentes, arbitrarias, fiscalizando e investigando todos e sem que nenhum segmento da sociedade possa fiscalizá-las ou investigar-lhes os desmandos. É um sindicalismo com o privilégio de se manter mediante contribuição forçada de não sindicalizados, decidir sem representatividade, representar sem legitimidade, dispensado da competição, da doutrinação e da arregimentação, pelegos / democráticos deste Brasil inventado em 1988. São os meios de comunicação, que se autocanonizaram, e no altar convocam a Nação para orar suplicante, que eles velarão pelo bem de todos, contanto que não tenham que prestar contas a ninguém e possam construir seus poderosos grupos econômicos infiltrados em todos os setores produtivos do país a serviço de cujos interesses manipulam a opinião pública, em nome da liberdade de "desinformação". É uma Universidade "autônoma", inteiramente livre para deixar deteriorar os seus serviços, manipular concursos, efetivar analfabetos, promover greves, desestimular a criatividade e a pesquisa científica. São as Forças Armadas "olímpicas", mais fechadas e impenetráveis que aquela caixa excepcionalmente protegida por outras mil caixas maiores e mais resistentes, em que se abrigava a vida do gigante, no conto infantil.

Entretanto, destacamos apenas aspectos relativos ao Poder Judiciário por este ser parte do nosso objeto de estudo. Contudo, sabemos que o cenário, como um todo, é preocupante.

Sabemos também que os problemas levantados na nossa pesquisa são fruto de um processo histórico que começou desde cedo na história desse país, como aduz CARVALHO (2006, p. 17-18):

Ao proclamar sua independência de Portugal em 1822, o Brasil herdou uma tradição cívica pouco encorajadora. Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, lingüística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira. [...] A independência não introduziu mudança radical no panorama descrito. Por um lado, a herança colonial era por demais negativa; por outro, o processo de independência envolveu conflitos muito limitados. Em comparação com os outros países da América Latina, a independência do Brasil foi relativamente pacífica. O conflito militar limitou-se a escaramuças no Rio de Janeiro e à resistência de tropas portuguesas em algumas províncias do norte, sobretudo Bahia e Maranhão. Não houve grandes guerras de libertação como na América espanhola. [...] A principal característica política da independência brasileira foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. [...] O papel do povo, se não foi

de simples espectador, como queria Eduardo Prado, que o comparou ao carreiro do quadro Independência ou morte!, de Pedro Américo, também não foi decisivo, nem tão importante como na América do Norte ou mesmo na América espanhola. Sua presença foi maior nas cidades costeiras; no interior, foi quase nula. Nas capitais provinciais mais distantes, a notícia da independência só chegou uns três meses depois; no interior do país, demorou ainda mais. Por isso, se não se pode dizer que a independência se fez à revelia do povo, também não seria correto afirmar que ela foi fruto de uma luta popular pela liberdade.

Discorrendo sobre o voto no período colonial, assim se manifestou CARVALHO (2006, p. 32-33):

A maior parte dos cidadãos do novo país não tinha tido prática do exercício do voto durante a Colônia. Certamente, não tinha também noção do que fosse um governo representativo, do que significava o ato de escolher alguém como seu representante político. Apenas pequena parte da população urbana teria noção aproximada da natureza e do funcionamento das novas instituições. [...] Mas votar, muitos votavam. Eram convocados às eleições pelos patrões, pelas autoridades do governo, pelos juízes de paz, pelos delegados de polícia, pelos párocos, pelos comandantes da Guarda Nacional. A luta política era intensa e violenta. O que estava em jogo não era o exercício de um direito de cidadão, mas o domínio político local. O chefe político local não podia perder as eleições. A derrota significava desprestígio e perda de controle de cargos públicos... [...] O votante não agia como parte de uma sociedade política, de um partido político, mas como dependente de um chefe local, ao qual obedecia com maior ou menor fidelidade. O voto era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão.

Tirando o fato do voto hoje não ser mais indireto e censitário, a citação pode ser perfeitamente encaixada no contexto atual.

Durante a República o cenário não foi modificado, tendo o país continuado nas mãos das elites, como lembra CARVALHO (2006, p. 40):

A República, de acordo com seus propagandistas, sobretudo aqueles que se inspiravam nos ideais da Revolução Francesa, deveria representar a instauração do governo do país pelo povo, por seus cidadãos, sem a interferência dos privilégios monárquicos. No entanto, apesar das expectativas levantadas entre os que tinham sido excluídos pela lei de 1881, pouca coisa mudou com o novo regime. [...] Do ponto de vista da representação política, a Primeira República (1889-1930) não significou grande mudança. Ela introduziu a federação de acordo com o modelo dos Estados Unidos. Os presidentes dos estados (antigas províncias) passaram a ser eleitos pela população. A descentralização tinha o efeito positivo de aproximar o governo da população via eleição de presidentes de estado e prefeitos. Mas a aproximação se deu sobretudo com as elites locais. A descentralização facilitou a formação de sólidas oligarquias estaduais, apoiadas em partidos únicos, também estaduais. Nos casos de maior êxito, essas oligarquias conseguiram envolver todos os mandões locais, bloqueando qualquer tentativa de oposição política. A aliança das oligarquias dos grandes estados, sobretudo de São Paulo e Minas Gerais, permitiu que mantivessem o controle da política nacional até 1930. A Primeira República ficou conhecida como "república dos coronéis". Coronel era o posto mais alto na hierarquia da Guarda

Nacional. O coronel da Guarda era sempre a pessoa mais poderosa do município. Já no Império ele exercia grande influência política. Quando a Guarda perdeu sua natureza militar, restou-lhe o poder político de seus chefes. Coronel passou, então, a indicar simplesmente o chefe político local. O coronelismo era a aliança desses chefes com os presidentes dos estados e desses com o presidente da República. Nesse paraíso das oligarquias, as práticas eleitorais fraudulentas não podiam desaparecer. Elas foram aperfeiçoadas. [...] Com razão dizia um jornalista em 1915 que todos sabiam que "o exercício da soberania popular é uma fantasia e ninguém a toma a sério".

A história do país é marcada, desde seu início, por revoluções passivas (GRAMSCI), em que as elites praticam o famoso jargão dito por Antônio Carlos Ribeiro de Andrade: " façamos a revolução antes que o povo a faça".

Nossa pesquisa reflete as conseqüências da nossa história, que criou uma sociedade sem consciência dos seus direitos, que confunde o público com o privado, que tolera os abusos e o pior: aceita tais fatos como normais. Aduz PRADO Jr. (2007, p. 11-12):

Os problemas brasileiros de hoje, os fundamentais, pode-se dizer que estavam definidos e postos em equação há 150 anos atrás⁷⁷. E é da solução de muitos deles, para que nem sempre atentamos devidamente, que depende a de outros em que hoje nos esforçamos inutilmente.

Não podemos ainda esquecer que, atualmente, o individualismo e o consumismo típicos da pós-modernidade representam ainda mais um empecilho na construção de uma cidadania efetiva, já que o direito de se consumir parece ser mais importante do que o direito ao voto.

Antes de qualquer coisa, cumpre frisar que a busca de identidade do sujeito se dá dentro de um sistema capitalista, cujo mandamento é a satisfação dos desejos pessoais, o que gera, inevitavelmente, a competitividade e a indiferença. Ilustrativas são as palavras de BAUMAN (2001, p. 32-33), quando afirma que a sociedade moderna pode ser comparada ao padrão do acampamento:

O lugar está aberto a quem quer que venha com seu trailer e dinheiro suficiente para o aluguel; os hóspedes vêm e vão; nenhum deles presta muita atenção a como o lugar é gerido, desde que haja espaço suficiente para estacionar o trailer, as tomadas elétricas e encanamentos estejam em ordem e os donos dos trailers vizinhos não façam muito barulho e mantenham baixo o som de suas tvs portáteis e aparelhos de som depois de escurecer. Os motoristas trazem para o acampamento suas próprias casas, equipadas com todos os aparelhos que precisam para a estada, que em todo caso pretendem que seja curta. Cada um tem seu próprio itinerário e horário. O que os motoristas querem dos administradores do lugar não é muito mais (mas

⁷⁷ A edição original é de 1942.

tampouco menos) do que serem deixados à vontade. Em troca, não pretendem desafiar a autoridade dos administradores e pagam o aluguel no prazo. Como pagam, também demandam. Tendem a ser inflexíveis quando defendem seus direitos aos serviços prometidos, mas em geral querem seguir seu caminho e ficariam irritados se isso não lhes fosse permitido. Ocasionalmente, podem reivindicar melhores serviços; se forem bastante incisivos, vociferantes e resolutos, podem até obtê-los. Se se sentirem prejudicados, podem reclamar e cobrar o que lhes é devido – mas nunca lhes ocorreria questionar e negociar a filosofia administrativa do lugar, e muito menos assumir a responsabilidade pelo gerenciamento do mesmo. Podem, no máximo, anotar mentalmente que não devem nunca mais usar o lugar novamente e nem recomendá-lo a seus amigos. Quando vão embora, seguindo seus próprios itinerários, o lugar fica como era antes de sua chegada, sem ser afetado pelos ocupantes anteriores e esperando por outros no futuro; embora, se algumas queixas continuarem a ser feitas por grupos sucessivos de hóspedes, os serviços oferecidos possam vir a ser modificados para impedir que as queixas sejam novamente manifestadas no futuro.

Como consequência, o próprio indivíduo, ao se ver envolto em uma teia social cuja característica é a efemeridade das relações e dos vínculos, tende a se fragmentar, já que não consegue se prender a um referencial que não seja passível de questionamento, ansiando por respostas, mas não sabe a quem perguntar. Uma condição que muitas vezes pode levar a um escapismo desesperado, que se consubstancia em ser facilmente seduzido por formas de pensar e agir fugazes e sem solidez axiológica.

A tarefa de refletir sobre nossa condição de sujeito requer uma concentração do espírito, que não raramente fica comprometida em um mundo de competição, em que temos que disputar direitos e garantias individuais.

Essa concorrência por espaço, não só gera indiferença em relação aos outros, mas faz com que o prejuízo do resto dos indivíduos se converta em nosso benefício. Nosso foco passa a ser as condições (social, cultural, moral, financeira) dos outros, já que as referidas condições nos interessam, na medida em que temos que superá-las. Sem dúvida tais disposições ajudam a tornar inócuas as normas legais, como lembra PASSOS⁷⁸:

Estamos entoando hosanas à liberdade com cadeias nos pés. Estamos gestando um mundo em que se sucedem fulgurantes proclamações formais de liberdade às quais se associa uma progressiva insegurança material, alimentada pela também progressiva conflituosidade de uma convivência social de homens que perderam toda referência ao dever como valor e fizeram de si mesmos, na sua solidão sem solidariedade, o valor supremo.

⁷⁸ Tutela jurisdicional das liberdades. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-J-J-CALMON-DE-PASSOS.pdf. Acesso em 22/07/2008, 22:45 hrs.

Debruçamo-nos sobre a vida das pessoas, mas esquecemos de girar o holofote para nossa direção, somente o fazendo quando necessitamos encontrar respostas. Novamente BAUMAN (2001, p. 170):

A incerteza do presente é uma poderosa força *individualizadora*. Ela divide em vez de unir, e como não há maneira de dizer quem acordará no próximo dia em qual divisão, a idéia de interesse comum fica cada vez mais nebulosa e perde todo valor prático.

A velocidade transformadora e a volatilidade da sociedade contemporânea colaboram para uma “sonolência social” diante dos problemas, já que, antes de satisfazermos uma celeuma social, devemos focar as luzes para nossa condição de indivíduo.

Somos livres (logicamente, até certo ponto) para escolhermos qual caminho trilharmos e, diante da concorrência feroz do mundo atual, usaremos nossa liberdade para resolver primeiramente questões de cunho individual. BAUMAN (2001, p. 45) aduz:

...como de Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las indiferentes. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão, sugeriu ele. O “cidadão” é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à “causa comum”, ao “bem comum” ou à “sociedade justa”. Qual é o sentido de “interesses comuns” senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? O que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benéficos que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberão como limitação à sua liberdade de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não ajudarão. As únicas coisas úteis que se espera e se deseja do “poder público” são que ele observe os “direitos humanos”, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam “em paz” – protegendo a segurança de seus corpos e posses, trancando criminosos reais ou potenciais nas prisões e mantendo as ruas livres de assaltantes, pervertidos, pedintes e todo tipo de estranhos constrangedores e maus.

Isto posto, é crucial aprendermos a viajar nas rodovias efêmeras e voláteis da contemporaneidade, como afirma HARVEY (1992, p. 259):

Com efeito, a volatilidade torna extremamente difícil qualquer planejamento de longo prazo. Para falar a verdade, hoje é tão importante aprender a trabalhar com a volatilidade quanto acelerar o tempo de giro. Isso significa ou uma alta adaptação e capacidade de se movimentar com rapidez em resposta a mudanças de mercado, ou o planejamento da volatilidade. A primeira estratégia aponta em especial para o planejamento de curto prazo, bem como para o cultivo da arte de obter ganhos imediatos sempre que possível.

No fim das contas, o sujeito contemporâneo, por uma questão de sobrevivência, é forçado a obter em outras pessoas o seu limite, vivendo em contradição, pois analisa inúmeras identidades, mas não consegue forjar a sua.

Cercado por diversas formas de pensar, não identifica uma que lhe satisfaça. Dividido entre dilemas impostos pelo sistema capitalista, torna-se um ser fragmentado, indiferente, lutando por segurança em um mundo de efemeridade (BAUMAN). Uma vez mais HARVEY (1992, p. 258) nos brinda com as seguintes palavras:

Dentre as inúmeras conseqüências dessa aceleração generalizada, dos tempos de giro do capital, destacarei as que têm influência particular nas maneiras pós-modernas de pensar, de sentir e de agir. A primeira conseqüência importante foi acentuar a volatilidade e efemeridade de modas, produtos, técnicas de produção, processos de trabalho, idéias e ideologias, valores e práticas estabelecidas. A sensação de que "tudo o que é sólido se desmancha no ar" raramente foi mais pervasiva (o que provavelmente explica o volume de textos sobre esse tema nos últimos anos).

Além disso, o ensino jurídico carece de uma reforma urgente, já que continua reproduzindo a lógica capitalista dentro das salas da aula, formando um exército de indivíduos despreparados, acríticos e reprodutores da ideologia dominante e que, futuramente, integrarão os quadros da magistratura. Afirma MÉSZÁROS (2005, p. 35):

...o impacto da incorrigível lógica do capital sobre a educação tem sido grande ao longo do desenvolvimento do sistema. Apenas as modalidades de imposição dos imperativos estruturais do capital no âmbito educacional são hoje diferentes, em relação aos primeiros e sangrentos dias da "acumulação primitiva", em sintonia com as circunstâncias históricas alteradas, como veremos na próxima seção. É por isso que hoje o sentido da mudança educacional radical não pode ser senão o rasgar da camisa-de-força da lógica incorrigível do sistema: perseguir de modo planejado e consistente uma estratégia de rompimento do controle conhecido pelo capital, com todos os meios disponíveis, bem como com todos os meios ainda a ser inventados, e que tenham o mesmo espírito.

Isto posto, vozes se levantam em prol de um Direito que enxergue no outro a condição de alguém que deve ser reconhecido como real possuidor de direitos, como lembra ALMEIDA (2004, p. 81), que defende um Direito que

'descobre' o Outro, respeita-o e o protege; deixa de representar um instrumento de defesa das classes dominantes para transformar-se no instrumento vivo da humanização da sociedade latino-americana, abrindo-se para o diálogo transformador com o ser negado deste continente.

Deve, portanto, o Poder Judiciário abrir os olhos para os problemas da classe oprimida, assumindo parcela da sua responsabilidade no processo de degradação dos desfavorecidos e agir no sentido de minimizar as mazelas sociais, como deseja Damásio Evangelista de JESUS (2002, p. 5):

Themis, a deusa grega da Justiça, filha de Urano e Gaia, sem venda, era representada portando uma balança na mão direita e uma cornucópia na esquerda. Símbolo da ordem e do Direito divino, costumava-se invocá-la nos juramentos perante os magistrados. Por isso, consideravam-na a Deusa da Justiça. A venda foi invenção dos artistas alemães do século XVI, que, por ironia, retiraram-lhe a visão. A faixa cobrindo-lhe os olhos significava imparcialidade: ela não via diferença entre as partes em litígio, fossem ricos ou pobres, poderosos ou humildes, grandes ou pequenos. Suas decisões, justas e prudentes, não eram fundamentadas na personalidade, nas qualidades ou no poder das pessoas, mas na sabedoria das leis. Hoje, mantida ainda a venda, pretende-se conferir à estátua de Themis a imagem de uma Justiça que, cega, concede a cada um o que é seu sem conhecer o litigante. Imparcial, não distingue o sábio do analfabeto; o detentor do poder do desamparado; o forte do fraco; o maltrapilho do abastado. A todos, aplica o reto Direito. Mas não é essa a Justiça que eu vejo. Vivo perante uma Justiça que ouve falar de injustiças, mas, por ser cega, não as vê; que, sufocada pelo excesso da demanda, demora para resolver coisas grandes e pequenas, condenando-se pela sua própria limitação. Uma Justiça que, pobre e debilitada pela falta de recursos, não tem condições materiais de atualizar-se. Uma Justiça que quer julgar, mas não pode. Essa não é a minha Justiça. Minha Justiça não é cega. É uma *Lady* de olhos abertos, ágil, acessível, ativa, democrática e efetiva. Tirando-lhe a venda, eu a liberto para que possa ver. Por não ser necessário ser cego para fazer justiça, minha Justiça enxerga e, com olhos bons e despertos, é justa, prudente e imparcial. Ela vê a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Age. A minha, é uma Justiça que reclama, chora, grita e sofre. Uma Justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.

Contudo, até que esse dia chegue a verdade será uma só: o sistema jurídico, como regra, dos seus membros até a sua arquitetura, machuca, humilha e domestica as classes subalternas, incutindo em seus indivíduos uma sensação de não auto-reconhecimento como detentores de direitos. É um sistema que, atrás da cortina da ideologia da igualdade, promove o adestramento dos gestos e das posturas, macula a identidade dos indivíduos e assegura a subserviência como regra de comportamento.

Quando apresentamos nossos questionamentos a determinado Professor de Direito amigo nosso (cuja identidade preservaremos), este disse: “Você já foi contaminado por essa retórica socialista. Aliás, eu não entendo essa glamourização do povo que vocês da sociologia fazem. O povo não pode passar por cima da justiça.”

Esperamos que essa pesquisa, de alguma forma, possa contribuir para uma futura mudança de pensamento acerca do que é a justiça nesse país.

Bibliografia

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. O que é justiça: uma abordagem dialética. 2ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1987.

_____. Direito, poder e opressão. São Paulo: Alfa-ômega, 1990.

_____. Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). Os clássicos da política. Vol 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2005.

ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. América Latina: filosofia jurídica da alteridade. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

ALMEIDA FILHO. Agassiz de. O Estado como instrumento de opressão de classe: breve estudo sobre as idéias políticas de Karl Marx. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). Teoria política: do renascimento à contemporaneidade. João Pessoa: UFPB, 2007.

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE); tradução de Walter André Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro: introdução crítica de José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

ARISTÓTELES. A política. Trad. de Nestor Silveira Chaves. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. Democratização e controle externo do Poder Judiciário. Disponível em <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/202322.pdf>. Acesso em 18/05/2008, 14:54 hrs.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Acesso em 16/04/2008, 11:37 hrs.

BARBUY, Heraldo. *Marxismo e Religião*. São Paulo: Dominius Editora, 1963.

BECCARIA, Cesaria. *Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agenes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3ª ed. Rio Grande do Sul: UNIJUI, 2002.

BENEVIDES, Maria Victória. *A Cidadania Ativa*. São Paulo: Ática, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONELLI, Maria da Glória. *Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista*. *Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23558.pdf>. Acesso em 14/04/2009, 18:49 hrs.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil: 1988.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAPPELETI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. De Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A Opacidade do Direito*, São Paulo: LTr, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CELOS, Jeferson Fernando. *Considerações sobre uma concepção crítico-dialética e alternativa do direito*. *Considerações sobre uma concepção crítico-dialética e alternativa do direito*. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/7016/4993>. Acesso em 02/04/2008, 18:02 hrs.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 15.ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

COMPARATO, Fábio konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 151-159 . Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-401420040002000008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15/072008.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Os princípios do direito do Trabalho e a teoria crítica do direito. Revista Jurídica. Curitiba, ano XII, n. 10, p. 78-89, nov. 1996.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

FINLEY, Moses Isaac. Democracia Antiga e Moderna. Trad. de Waldea Barcellos; Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Organização e tradução de Roberto Machado. 22ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GOLDMANN, Lucien. Dialética e cultura. Tradução de Luiz Fernando Cardoso, Carlos Nelson Coutinho e Giseh Vianna Konder. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

GONÇALVES, Marcos Rafael Gonçalves. Os clássicos do pensamento social brasileiro como fundamento de uma Filosofia Jurídica Crítica: a legislação vigente como causa da negatividade de negros e índios no Brasil colônia. Disponível em <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo60.pdf>. Acesso em 02/05/2009, 15:37 hrs.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. O Federalista. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HARVEY, David. A Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1992.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. In: Os Pensadores. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

JESUS, Damásio Evangelista de. Os Olhos abertos de Themis, a Deusa da Justiça. In: Jornal Síntese. São Paulo: IOB, abril, 2002.

KELSEN, Hans. O que é Justiça?. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KEYNES, John Maynard. O fim do "laissez-faire". In: Szmrecsányi, Tamás (org.). São Paulo: Ática, 1983.

KOSÍK, Karel. Dialética do concreto. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade de diferença. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n59/a04n59.pdf>. Acesso em 12/03/2008, 09:17 hrs.

LAZAGNA, Ângela. Nicos Poulantzas e a teoria regional do político na transição socialista. Disponível em http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt7/sessao1/Angela_Lazagna.pdf. Acesso em 02/05/2009, 22:47 hrs.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Trad. de Jacy Monteiro. 3ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal. Trad. de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

LISBOA, Wladimir Barreto, PINTO, Gerson Neves. O mito da universidade do discurso jurídico. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.), Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito? São Paulo: Brasiliense, 1982.

LYRA, Rubens Pinto. Textos de teoria política. João Pessoa: UFPB/ FUNAPE, 1989.

_____. Teoria política: do renascimento à contemporaneidade. João Pessoa: UFPB, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. O Direito como liberdade. Franca: Mimeo, 2004.

MARSHALL, Thomas Humprey. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. O Capital. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. O Capital. Vol. II. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. Contribuição à crítica da economia política. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição brasileira e seus vinte anos. Disponível em Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Vinte_anos_da_Constituicao__v_Port.pdf. Acesso em 17/04/2008, 15:28 hrs.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). Os clássicos da política. Vol 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2005.

MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005.

MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2005.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Vols. I e II. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito como obstáculo à transformação social. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORIN, Edgar. *O Método 4: as idéias - habitat, vida, costumes*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

MOSCOVICI, Serge. Representações Sociais. Trad. de Pedrinho Guareschi. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Paulo Costa. Taylor, Honneth e Fraser: política, reconhecimento e redistribuição – repensando a luta anti-racista no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org). Teoria política: do renascimento à contemporaneidade. João Pessoa: UFPB, 2007a.

PACHUKANIS, Evgeny. A teoria geral do direito e o marxismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1979.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania Tutelada. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-CALMON%20PASSOS.pdf>. Acesso em 20/07/2008, 16:57 hrs.

_____. Tutela jurisdicional das liberdades. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-J-J-CALMON-DE-PASSOS.pdf. Acesso em 22/07/2008, 22:45 hrs.

PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e deus da cidadania. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2005.

POUBEL, Carmen Leonardo do Vale. Advogado: Doutor por excelência. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211290605174218181901.pdf>. Acesso em 25/04/2009, 08:56 hrs.

POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder e o socialismo. 4º ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PRADO JUNIOR, Caio. A Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

QUIVY, Raymond; VAN CAMPENHOUDT, Luc. Manual de investigação em ciências sociais. Trad. de João Minhoto Marques. 4ª ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). Os clássicos da política. Vol 1. 13. Ed. São Paulo: Ática, 2005.

RODRIGUES, Robério Paulino. Socialismo no século XX: o que deu errado?. Goiânia: Kelps, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os Homens. In: Os Pensadores. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. Do contrato social. In: Os Pensadores. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SADEK, Maria Tereza (org.). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. A Idéia de Justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Antônio da. Curso de Direito constitucional positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SMITH, Adam. A riqueza das nações. 2. vol. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

_____. A rale eternizada. Disponível em <http://www.emdiacomacidadania.com.br/documento.php?titulo=a-rale-eternizada-por-jesse-souza>. Acesso em 09/08/2008, 11:37 hrs.

_____. A gramática social da desigualdade brasileira. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092004000100005&script=sci_arttext. Acesso em 07/09/2008, 7:38 hrs.

_____. Raça ou classe? Sobre a desigualdade brasileira. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452005000200003&script=sci_arttext. Acesso em 07/09/2008, 08:10 hrs.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos de História do Direito. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUZA, Vanessa Aparecida de. Desigualdade social e subcidadania no Brasil. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a16n24.pdf>. Acesso em 30/04/2009, 23:55 hrs.

SPINELLI, José Antônio. Repensando a democracia: o jornal Opinião (1972-1977). Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 1997.

STUTCHKA, Piotr. Direito de classe e revolução socialista. 3ª. ed. São Paulo: Sundermann, 2009.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: GUTMANN, Amy. Multiculturalismo. Trad. de Marta Machado. Lisboa: Piaget, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Sistema Judiciário norte-americano e o aprimoramento dos seus juízes. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/17610/1/Sistema_Judici%C3%A1rio_Norte-Americano.pdf. Acesso em 17/10/2008, 08:33 hrs.

VAISMAN, Ester. A obra tardia de Lukács e os revezes de seu itinerário intelectual. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732007000200016&script=sci_arttext. Acesso em 17/10/2008, 08:00.

VIANNA, Luiz Werneck. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano. In WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ZERON, Carlos. A cidadania em Florença e Salamanca. In: PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da cidadania. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2005.

ANEXO I

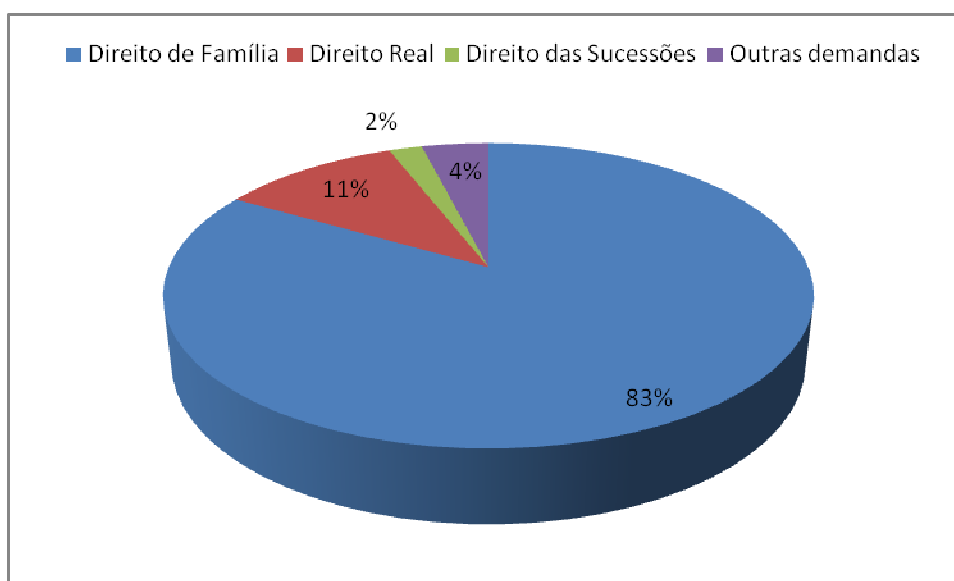
DADOS OBTIDOS NA FASE INICIAL DA PESQUISA

Após uma análise de 253 processos ajuizados pelo NAJ/UFRN, diversos dados foram obtidos. As informações obtidas durante a fase inicial de pesquisa foram arranjadas levando em conta diversos critérios, que se encontram listados a seguir.

Em relação aos processos podemos listar: ações relativas à obtenção do direito de alimentação (oferta, acordo, pedido, exoneração, revisão do valor e execução de pensão alimentícia: 107 processos (42,29%); ações de divórcio e separação (considerando aqui as litigiosas e consensuais): 44 processos (17,39%); ações relativas ao direito de propriedade/moradia, que nos casos verificados, foi comprovado com o ajuizamento de ações de usucapião (20), manutenção de posse (3), reintegração de posse (3) e despejo (1): 27 processos (10,67%); ação de investigação de paternidade: 23 processos (9,09%); ação para obtenção de alvará judicial para liberação de quantias retidas em bancos: 14 processos (5,53%); ação de interdição: 14 processos (5,53%); ação de reconhecimento e dissolução de união estável: 12 processos (4,74%); ação de reconhecimento de união estável *post mortem*: 4 processos (1,58%); ação de registro de nascimento fora do prazo: 4 processos (1,58%); ação de inventário: 3 processos (1,18%); ação para remoção de curador: 1 processo (0,39%).

Gráfico 1

Divisão, por tipo de ação, das 253 demandas pesquisadas



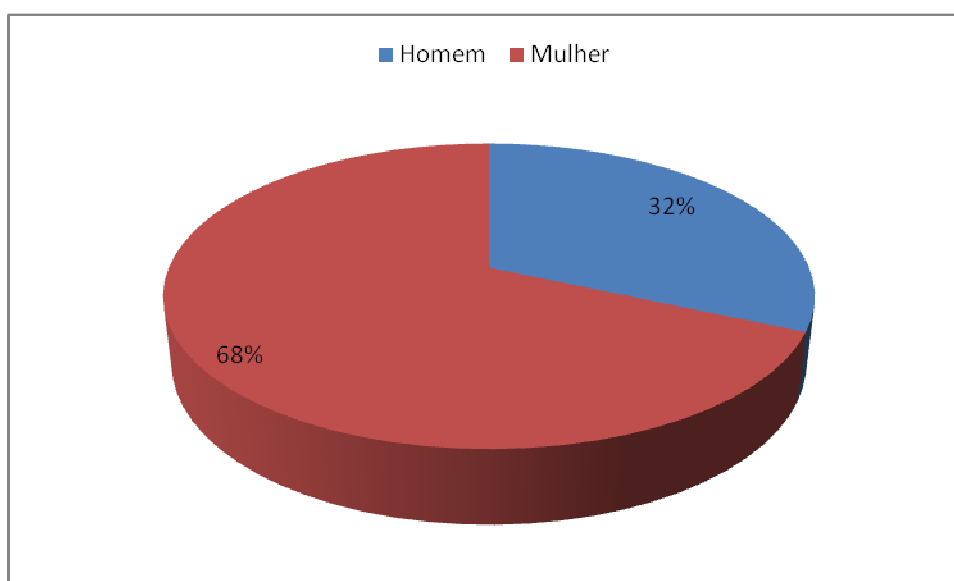
Sobre as ações envolvendo o direito à alimentação apuramos: 100% dos processos de cobrança e execução de pensão alimentícia foram ajuizados por mulheres, não ocorrendo nenhum caso em que um homem pleiteou pensão alimentícia; 100% dos pedidos de exoneração de pensão alimentícia foram ajuizados por homens; 100% das ações de revisão do valor de pensão alimentícia para diminuir o valor fixado na sentença que determinou o pagamento de pensão foram ajuizadas por homens; 100% das ações de revisão do valor de pensão alimentícia para aumentar o valor fixado na sentença que determinou o pagamento de pensão foram ajuizadas por mulheres; 100% das ações de oferta de pensão alimentícia foram ajuizadas por homens.

Desses 253 processos, 58 foram solucionados mediante acordo judicial (22,92%), 191 estão em andamento (75,49%) e 4 (1,58%) foram arquivados sem julgamento de mérito por desistência.

Em relação ao gênero dos usuários que procuraram o NAJ/UFRN, dos 253 processos, 173 foram ajuizados por mulheres (68,37%) e 80 por homens (31,63%). No quesito idade, 128 mulheres (73,98%) tinham idades entre 18 e 30 anos e o restante estava acima de 30 anos (26,02%). No universo masculino 27 tinham idades entre 18 e 30 anos (33,75%) e o restante estava acima de 30 (66,25%).

Gráfico 2

Divisão, por gênero, das 253 demandas pesquisadas



Sempre que um indivíduo menor de 18 anos necessita ir ao judiciário, precisa de representação (se menor de 16 anos) ou assistência (se tem entre 16 e 18 anos), visto que, pela Lei, não tem capacidade para ir à juízo. Dos 253 processos analisados, 74 processos (29,24%) foram ajuizados por representantes ou assistentes, sendo que destes 74 processos, em 73 (98,64%) deles os menores de 18 anos foram representados ou assistidos pela mãe e em apenas um caso pelo pai (1,36%), aonde um pai entrou com uma ação de registro de nascimento fora do prazo. Dos 73 processos ajuizados pelas genitoras, cumpre destacar os 42 (57,53%) envolvendo o direito de alimentação (pedido, execução, revisão do valor) e os 20 (27,39%) de investigação de paternidade (foram constatados, como já dito acima, 23 processos de investigação de paternidade, mas apenas 3 foram ajuizados por pessoas maiores de 18 anos).

Fizemos ainda uma coletânea sobre a profissão dos usuários do NAJ/UFRN.

Em relação aos homens constatamos: 10 são funcionários públicos (12,5%); 6 são autônomos (7,5%); 6 são aposentados (7,5%); 4 são estudantes de nível escolar (5%); 4 estão desempregados (5%); 3 são mecânicos (3,75%); 2 são motoristas (2,5%); 2 são estudantes universitários (2,5%); 2 são pintores (2,5%); 2 são motoboys (2,5%); 2 são comerciantes (2,5%); 2 são serventes de pedreiro (2,5%); 1 é assistente de administração (1,25%); 1 é marceneiro (1,25%); 1 é radialista (1,25%); 1 é músico (1,25%); 1 é pintor automotivo (1,25%); 1 é auxiliar de embalagem (1,25%); 1 é carroceiro (1,25%); 1 é eletromecânico (1,25%); 1 é auxiliar de serviços gerais (1,25%); 1 é montador (1,25%); 1 é representante comercial (1,25%); 1 é promotor de eventos (1,25%); 1 é porteiro (1,25%); 1 é marítimo (1,25%); 1 é vigilante (1,25%); 1 é montador de móveis (1,25%); 1 é faxineiro (1,25%); 1 é auxiliar de pintura (1,25%).

Gráfico 3

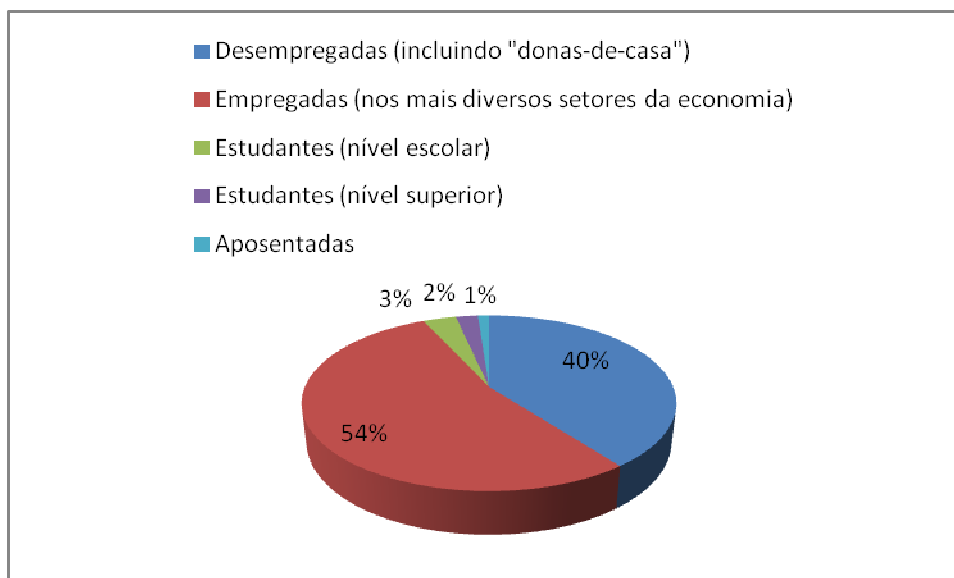
Situação laboral dos homens



Em relação às mulheres apuramos: 44 são donas-de-casa (25,43%); 26 estão desempregadas (15,02%); 14 são empregadas domésticas (8,09%); 9 são autônomas (5,2%); 6 são professoras, sem dizer de qual nível (3,46%); 6 são estudantes escolares (3,46%); 5 são costureiras (2,89%); 4 são auxiliares de serviços gerais (2,31%); 4 são estudantes universitárias (2,31%); 3 são recepcionistas (1,73%); 3 são embaladoras (1,73%); 2 são cabeleireiras (1,15%); 2 são artesãs (1,15%); 2 são aposentadas (1,15%); 2 são técnicas em enfermagem (1,15%); 2 são diaristas (1,15%); 2 são auxiliares de produção (1,15%); 2 são secretárias (1,15%); 2 são auxiliares de enfermagem (1,15%); 1 é enfermeira obstetra (0,57%); 1 é funcionária pública (0,57%); 1 é assistente administrativa (0,57%); 1 é segurança (0,57%); 1 é auxiliar de secretaria (0,57%); 1 é auxiliar de estoque (0,57%); 1 é manicure (0,57%); 1 é depiladora (0,57%); 1 é auxiliar administrativa (0,57%); 1 é assistente social (0,57%); 1 é auxiliar de cabeleireiro (0,57%); 1 é bancária (0,57%); 1 é auxiliar de biblioteca (0,57%); 1 é comerciária (0,57%); 1 é educadora social (0,57%); 1 é agente de viagens (0,57%).

Gráfico 4

Situação laboral das mulheres



Apesar do art. 282, inciso II, do Código de Processo Civil exigir que a petição inicial contenha a profissão dos usuários, constatamos que 17 homens (21,25%) e 22 mulheres (12,71%) não informaram a profissão na hora do ajuizamento ação, erro que possivelmente foi sanado em fase posterior do processo.

Analisamos o estado civil dos indivíduos. Considerando os homens, 39 são casados (48,75%), 26 são solteiros (32,5%), 5 são divorciados (6,25%), 4 vivem em união estável (5%), 3 são separados judicialmente (3,75%), 3 são viúvos (3,75%). Em relação às mulheres, 68 são casadas (39,30%), 59 são solteiras (34,10%), 14 vivem em união estável (8,09%), 12 são divorciadas (6,93%), 12 são separadas judicialmente (6,93%), 8 são viúvas (4,62%).

Pesquisamos também o local em que residem os usuários do NAJ/UFRN.

Em relação aos homens chegamos aos seguintes dados: 7 residem em Lagoa Nova (8,75%); 7 residem em Neópolis (8,75%); 7 residem em Nova Descoberta (8,75%); 5 residem em Cidade Nova (6,25%); 4 residem em Potengi (5%); 4 residem em Felipe Camarão (5%); 3 residem em Ponta Negra (3,75%); 3 residem no Planalto (3,75%); 3 residem em Cidade Satélite (3,75%); 3 residem nas Quintas (3,75%); 3 residem em Petrópolis (3,75%); 2 residem em Dix-sept Rosado (2,5%); 2 residem no Alecrim (2,5%); 2 residem em Capim Macio (2,5%); 2 residem em Bom Pastor (2,5%); 2 residem na Cidade da Esperança (2,5%); 2 residem em Soledade II (2,5%); 2 residem em Igapó

(2,5%); 2 residem em Mirassol (2,5%); 2 residem em Mãe Luíza (2,5%); 1 reside no Tirol (1,25%); 1 reside no Pitimbú (1,25%); 1 reside em Nossa Senhora da Apresentação (1,25%); 1 reside em Lagoa Azul (1,25%); 1 reside Morro Branco (1,25%); 1 reside no Bairro Latino (1,25%); 1 reside no Bairro Nordeste (1,25%); 1 reside no Golandim (1,25%); 1 reside no Parque dos Coqueiros (1,25%); 1 reside no Guarapes (1,25%); 1 reside em Pajuçara (1,25%); 1 reside em Candelária (1,25%); 1 reside em Areia Preta (1,25%).

No que diz respeito ao sexo feminino: 19 residem em Neópolis (10,98%); 17 residem em Nova Descoberta (9,82%); 16 residem na Cidade da Esperança (9,24%); 15 residem em Felipe Camarão (8,67%); 14 residem em Dix-sept Rosado (8,09%); 12 residem no Bairro Planalto (6,93%); 7 residem no Alecrim (4,04%); 6 residem em Lagoa Nova (3,46%); 6 residem nas Quintas (3,46%); 5 residem em Petrópolis (2,89%); 5 residem em Pitimbú (2,89%); 4 residem no Tirol (2,31%); 4 residem em Capim macio (2,31%); 4 residem em Ponta Negra (2,31%); 4 residem em Lagoa Azul (2,31%); 4 residem em Nossa Senhora da Apresentação (2,31%); 3 residem em Bom Pastor (1,73%); 3 residem em Cidade Satélite (1,73%); 3 residem em Mãe Luíza (1,73%); 3 residem em Pirangi (1,73%); 2 residem no Soledade II (1,15%); 2 residem em Potilândia (1,15%); 2 residem em Nova Natal (1,15%); 2 residem em Mirassol (1,15%); 2 residem em Felipe Camarão II (1,15%); 2 residem no Bairro Nordeste (1,15%); 1 reside no Panatis II (0,57%), 1 reside no Serrambi III (0,57%); 1 reside no Planalto II (0,57%); 1 reside Candelária (0,57%); 1 reside no Potengi (0,57%); 1 reside em Cidade Nova (0,57%); 1 reside em Cidade Praia (0,57%).

O Código de Processo Civil também não exige que as partes mencionem sua escolaridade na petição inicial. Infelizmente, o NAJ/UFRN não armazenou tais dados e não foi possível contatar todos os usuários dos processos pesquisados. Contudo, durante a fase final de coleta de dados, quando das entrevistas com os usuários do NAJ/UFRN, apuramos o grau de instrução dos indivíduos pesquisados.

ANEXO II
QUESTIONÁRIO APLICADO AOS 100 ENTREVISTADOS

QUESTIONÁRIO**1. SEXO**

() MASCULINO () FEMININO

2. DATA DE NASCIMENTO: _____ **IDADE:** _____

3. GRAU DE INSTRUÇÃO (ATÉ QUANDO ESTUDOU)

CONCLUIU OS ESTUDOS ESCOLARES? SIM () NÃO ()

SE NÃO CONCLUIU, ESTUDOU ATÉ QUE SÉRIE? _____

TEM NÍVEL SUPERIOR? SIM () NÃO ()

ESTÁ CURSANDO O NÍVEL SUPERIOR? SIM () NÃO ()

CHEGOU A CURSAR NÍVEL SUPERIOR? SIM () NÃO ()

TEM OU ESTÁ CURSANDO PÓS-GRADUAÇÃO? SIM () NÃO ()

4. QUAL A SUA RENDA INDIVIDUAL MENSAL (QUANTO VOCÊ GANHA POR MÊS)? _____

SE ESTIVER DESEMPREGADO, MARQUE AQUI: ()

SE NUNCA TRABALHOU MARQUE AQUI: ()

5. EM QUE BAIRRO VOCÊ MORA? _____

6. POR QUAL MOTIVO VOCÊ VEIO À PRÁTICA JURÍDICA DA UFRN?: _____

7. VOCÊ ACHA QUE OS JUÍZES JULGAM OS PROCESSOS EM UM TEMPO RAZOÁVEL? SIM () NÃO ()

8. VOCÊ ACHA QUE OS JUÍZES:

TRABALHAM DEMAIS ()

TRABALHAM RAZOAVELMENTE ()

TRABALHAM POUCO ()

TRABALHAM MUITO POUCO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

9. UM JUIZ GANHA EM MÉDIA, NO BRASIL, R\$ 16.000,00. VOCÊ ACHA QUE UM JUIZ:

TEM UM SALÁRIO ALÉM DO NECESSÁRIO PARA A FUNÇÃO ()

TEM UM SALÁRIO COMPATÍVEL COM A FUNÇÃO ()

TEM UM SALÁRIO BAIXO PARA A FUNÇÃO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

10. AS EMOÇÕES, VALORES (NO QUE ELE ACREDITA) E PROBLEMAS PESSOAIS DOS MAGISTRADOS:

INTERFEREM NO JULGAMENTO ()

NÃO INTERFEREM NO JULGAMENTO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

11. VOCÊ ACREDITA QUE DETERMINADAS PESSOAS (AUTORIDADES, POLÍTICOS ETC.) PODEM INFLUENCIAR O JULGAMENTO DO JUIZ?

SIM ()

NÃO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

12. VOCÊ JÁ FEZ USO DE ALGUÉM (AMIGO, CONHECIDO, PARENTE ETC) PARA OBTER ALGUM BENEFÍCIO PROCESSUAL (AGILIZAR O PROCESSO, POR EXEMPLO):

JÁ FIZ (). SE PUDER, DIGA O QUE ACONTECEU:

NUNCA FIZ, MAS FARIA ()

NUNCA FIZ E NUNCA FARIA ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

13. A CLASSE SOCIAL DE UMA DAS PARTES DO PROCESSO PODE FAZER COM QUE ESSA PESSOA TENHA UM JULGAMENTO MAIS FAVORÁVEL?

SIM () NÃO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

14. A CORRUPÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO:

É ALTA (MAIORIA DOS JUÍZES É CORRUPTO) - ()

É MÉDIA (MUITOS JUÍZES SÃO CORRUPOTOS) - ()

É BAIXA (POUQUÍSSIMOS JUÍZES SÃO CORRUPOTOS) - ()

NÃO EXISTE CORRUPÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO - ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER - ()

15. QUAL PODER DA REPÚBLICA É MAIS CORRUPTO?

PODER LEGISLATIVO (VEREADORES, DEPUTADOS ESTADUAIS, DEPUTADOS FEDERAIS, SENADORES) - ()

PODER EXECUTIVO (PREFEITOS, GOVERNADORES, PRESIDENTE DA REPÚBLICA) - ()

PODER JUDICIÁRIO (JUÍZES) - ()

16. QUANDO VOCÊ FOI AO PODER JUDICIÁRIO OBTIVER UMA INFORMAÇÃO QUE LHE INTERESSAVA, VOCÊ FOI:

BEM ATENDIDO () MAL ATENDIDO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

17. NA SUA OPINIÃO, DE UMA FORMA GERAL, O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL É:

ÓTIMO () BOM () REGULAR ()

RUIM () PÉSSIMO ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

18. VOCÊ:

TEM UMA CONSTUIÇÃO FEDERAL EM CASA ()

NÃO POSSUI UMA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MAS JÁ LEU PELO MENOS PARTE DELA ()

NÃO POSSUI UMA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NUNCA LEU PELO MENOS PARTE DELA ()

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

19. POR ONDE VOCÊ TOMA CONHECIMENTO DE SEUS DIREITOS?

AMIGOS/PARENTES/COLEGAS DE TRABALHO ()

INTERNET ()

JORNAL IMPRESSO ()

RÁDIO ()

REVISTA ()

TELEVISÃO ()

OUTRO (DIZER QUAL SE POSSÍVEL)_____

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

QUAL O SEGUNDO PRINCIPAL MEIO QUE VOCÊ TOMA CONHECIMENTO DE SEUS DIREITOS? (DESCONSIDERE A OPÇÃO QUE VOCÊ MARCOU ACIMA)

AMIGOS/PARENTES/COLEGAS DE TRABALHO ()

INTERNET ()

JORNAL IMPRESSO ()

RÁDIO ()

REVISTA ()

TELEVISÃO ()

OUTRO (DIZER QUAL SE POSSÍVEL)_____

NÃO SABE/NÃO QUER RESPONDER ()

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)