

O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL

Autor: MAURO VIVEIROS
Procurador de Justiça de Mato Grosso
Mestrando pela Universidade Estadual Paulista-Unesp
Professor da Escola Superior do Ministério Público de MT

Numa Ilha imaginária da América Central, onde chegavam chefes de Estado de todas as partes do mundo para o Simpósio Internacional sobre a fome e a miséria no mundo, um dos congressistas que ia do aeroporto para o local do evento, indagava ao motorista do taxi sobre como se sentia pela falta de liberdade política naquele país e, recebendo daquele homem humilde a resposta de que essa questão não era tão importante para ele quanto parecia, o congressista americano, insafisteito, insistiu: "mas como a liberdade pode não ter importância; se você não tem o direito de escolher os seus governantes, não terá direito a nada, não será verdadeiramente um cidadão." E o taxista, apontando para os cartazes espalhados pela estrada, disse-lhe: "o nosso povo tem recebido cuidados mais simples." Os cartazes diziam: "Hoje, em Nova York e em toda a Europa civilizada milhares de velhos e crianças dormirão nas ruas, sentirão frio e não terão o que comer. *Ningum ninô, ningúm hombre desbalido perecerá las cales de nuestra terra!*" Durante os três dias de Congresso, foram vários os discursos de apelo para o fim do levantamento do embargo econômico, e insignificantes as alusões à ditadura ali existente.

A passagem, narrada em forma de parábola permite extraír, numa análise introdutória do nosso tema, duas considerações que refletem bem a relatividade das concepções sobre valores democráticos em sistemas políticos e econômicos absolutamente diferentes, em contextos de riqueza e desigualdades sociais totalmente diversos: a primeira, é a de que, à parte de discussões ideológicas acerca do melhor tipo de regime político -socialismo-comunismo/capitalismo- o mundo atual, as pessoas, reclamam, cada vez mais, um caráter pragmático nas ações de governo; deseja-se que os benefícios sociais não estejam na dependência exclusiva do tipo de sistema ou de regime vigentes; os súditos parecem já não se impressionar tanto com a ideologia e as teorias; parecem se preocupar, prioritariamente, na satisfação de necessidades coletivas básicas e imediatas, que afetam o seu cotidiano gravemente. Parecem reconhecer, intuitivamente, com o senso comum, que embora importante as instituições e os valores políticos, o Estado já não dispõe do poder de intervenção e regulação capazes de garantir a segurança social e de prover os seus direitos fundamentais no ambiente real em que vivem. A segunda consideração é a de que, assim como na política, o direito moderno não tem sido capaz de dar respostas adequadas às demandas nas sociedades complexas, que exigem soluções de conflitos cada vez mais rápidas e eficientes, inclusive nos Estados Unidos, onde o pragmatismo jurídico-formal falou mais alto na última eleição presidencial, depois que os fatos do mundo real atropelaram a teoria daquele sistema político-eleitoral, do que resultou eleito um presidente que, em verdade, não obteve a maioria do universo dos votos válidos!

Essas notas iniciais trazem a reflexão sobre até que ponto o sistema jurídico está apto a ser, ou pode vir a ser, um instrumento de transformação e de inclusão social em contextos de profundas desigualdades políticas, econômicas e sociais, quais as suas condições de possibilidade e qual o papel dos operadores jurídicos no Brasil nessa missão ética-humanitária, numa perspectiva de acesso a amplas camadas da população excluídas do sistema judiciário ou sub-substituídas.

Contextualização das crises

Não é possível falar sobre Direito e Inclusão Social sem se referir, ainda que sucintamente, ao contexto que nos levou à crise do Estado. Comecemos por dizer que o fenômeno da pobreza e da miséria, no Brasil, tem causas perfeitamente diagnosticadas, que vão desde a crise de representatividade política até os desajustes econômicos ao longo das últimas décadas, ao lado de um acentuado e descontrolado processo migratório para os grandes centros urbanos, gerando o êxodo rural e a transformação de uma sociedade agrícola para uma sociedade industrial.

Os sintomas da crise de representatividade são percebidos na falta de organização, disciplina e capacidade de mobilização dos partidos políticos de agregarem grandes interesses em torno de questões nacionais e projetos partidários definidos, traduzindo em ações políticas concretas as promessas de campanha. E isso manifesta-se na apatia e no desinteresse das novas gerações pela política.

O sistema econômico mostra sua ineficiência e perversão. No setor público, essa dificuldade é ampliada. As políticas públicas básicas, como de saúde, educação, emprego, segurança e justiça sofrem a falta de recursos financeiros, jurídico-instrumentais e humanos, que se agrava sobremaneira com o insucesso de seguidos planos econômicos e os ônus da dívida externa. Os ajustes impostos ao setor privado pela nova

economia globalizada e pelas altas taxas de juros internos dificulta a produção e o consumo e impõem a quebra de pequenas e micro-empresas e o desemprego em massa.

O sistema social, diz Celso Fernandes Campilongo, "passa por um processo de desintegração muito acentuado. A migração do campo para as cidades e a transformação de uma sociedade agrícola em industrial já são o suficiente para romper vínculos, esgarçar identidades e enfraquecer os mecanismos informais de controle social. Acrescente-se a isso o aumento da pauperização da sociedade brasileira, a proletarização da classe média, o desemprego e o salário mínimo inferior a 80 dólares, para se compreender, sem dificuldades, os assustadores índices de violência e criminalidade de cidades como São Paulo e Rio de Janeiro."[\[1\]](#)

No âmbito cultural, conforme o autor, "o sistema atravessa uma crise de motivação sem precedentes na história brasileira. Descrébito nas instituições e absoluta descrença na possibilidade de mudanças a curto prazo geram um fértil contexto para a proliferação da justiça pelas próprias mãos -do qual os linchamentos e os grupos de extermínio são expressiva e trágica manifestação -e, também, para a desmobilização dos movimentos sociais e desarticulação dos mecanismos de resistência à miséria."[\[2\]](#)

Como resultado ou conseqüência dessas crises, ocorre uma *crise de hegemonia*, caracterizada pela ausência de projetos capazes de gerar um mínimo de consenso e suporte quer entre as elites, quer entre a população. E então, a sociedade se fragmenta em incontáveis facções e setores, numa desagregação perigosa que pode levar a autofagia das instituições democráticas. O Estado perde a racionalidade e a capacidade decisória.

Surgem nesse contexto conflitos sociais que não podem ser nem regulamentados, nem reprimidos através das regras processuais estabelecidas. E os governos limitam suas ações a administração diária das crises, ante a sua incapacidade de implementar projetos que resgatem o interesse coletivo e o bem público.

As *crises de hegemonia* e de *racionalidade* levam a um impasse na ordem jurídica: a Constituição não é regulamentada, direitos sociais são suspensos por falta de recursos para sua implementação, aumentam as possibilidades da corrupção e a dificuldade de controle do Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, pois o Estado, por mais paradoxal que pareça, muitas vezes infringe a legalidade por ele mesmo criada.

Cria-se a ilusão de viver-se numa democracia tão só porque se dá ao indivíduo o direito de eleger seus representantes, quando em verdade, está-se delegando incontrolavelmente o poder, é a chamada "democracia delegativa" que significa: quem vence as eleições governa como quiser. De acordo com O'Donnell, "temos uma cidadania de baixa intensidade, onde os direitos políticos são respeitados às custas do não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população. O sistema político é capaz de produzir uma legalidade abrangente das diversas gerações de direitos -civis, políticos e sociais. Entretanto, nem se submete a essa legalidade e nem tem força para fazer o Estado presente na implementação eficaz desses direitos. A sociedade, de outro lado, com capacidade para ver suas demandas por direitos transformadas em leis -quando não em normas constitucionais-, não tem suficiente poderio de organização e de conflito para exigir a submissão do governo à legalidade e muito menos para usufruir diretamente desses direitos."[\[3\]](#)

O próprio Estado acaba por se fragmentar e a sua burocracia, desaparelhada e inapta, fica exposta e favorece os ataques de grupos ao erário, dando ensejo a proliferação de balcões privilegiados de negociatas, corrupção e assalto aos cofres públicos, enfim, ocorre uma acentuada privatização dos investimentos públicos, recrudescendo a acumulação de riquezas de setores privilegiados com o aumento da exclusão social.

A lei -e a própria Constituição- nesse contexto de impotência, passa a ser vista como empecilho para os interesses das classes dominantes. A legalidade passa a ser instrumento importante das elites quando se trata de defender ou ampliar os seus bens e interesses. "A ordem jurídica sofre uma dupla desmoralização institucional: de um lado fica claro que a violação da lei tem um baixo custo para alguns setores; (pode-se dizer, sem medo de errar, que no Brasil o crime compensa, principalmente se o criminoso é do colarinho branco) de outro lado, a penetração da lei, quando deve assegurar direitos da maioria, é impotente quando deve atingir de modo homogêneo toda a sociedade. Impunidade e ineficácia são os dois lados da fraqueza institucional da democracia delegativa no Brasil.

2)As tendências de mudanças no direito atual

Num quadro de cidadania de baixa intensidade e de esvaziamento da autoridade da lei e do Estado, (o Estado moderno tem o monopólio da produção do direito), presentemente delineiam-se perspectivas de mudanças no novo direito, tais como:

- a) *rompimento do monismo jurídico e esvaziamento do monopólio estatal na produção normativa* (é o fenômeno do pluralismo jurídico. A ficção da completude do direito cede lugar ao reconhecimento da convivência de inúmeros ordenamentos jurídicos no mesmo espaço geopolítico, sobrepostos, articulados, e interpenetrados);
- b) *deslegalização e desregulamentação*. O receituário neoliberal impõe, principalmente aos países em desenvolvimento com o Brasil, a supressão de entraves legais e do excesso de regulamentação que dificulte o trânsito das atividades econômicas. Menos lei e mais mercado é o lema;
- c) *delegação do Estado para a sociedade civil da capacidade decisória*. Além da característica principal da democracia delegativa, que é a de conferir um cheque em branco para o Executivo e o Legislativo, a fim de que governem como lhes aprouver, é comum que o Estado, sob o argumento da ampliação da participação popular na gestão da coisa pública, transfira a responsabilidade da decisão aos grupos envolvidos com a questão (trabalhadores e empregadores, consumidores e fornecedores, conselhos municipais de usuários e servidores dos serviços de saúde, donos de escolas e pais de alunos etc.);
- d) *Estado paralelo*. Ao lado do Estado de Direito, que se caracteriza pelo princípio da legalidade, coexistiria um "Estado Paralelo", residente em espaços extralegais ou de legalidade atenuada, fruto de uma discrepância básica consistente numa prática social de ações e omissões do Estado. Boaventura arrola, dentre essas práticas, a não aplicação da lei, sua aplicação seletiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a não regulamentação de direitos constitucionais, ausência de dotação de meios humanos e financeiros para a implementação de políticas públicas. "É a técnica informal que retira eficácia à lei";
- e) *desterritorialização das práticas jurídicas*. Visto que o direito estatal é o direito do território, onde o Estado é soberano para produzi-lo e aplicá-lo, com exclusividade, pela deslegalização e delegação legislativa, a territorialidade do direito deixará de se identificar exclusivamente com o território dos Estados nacionais. Daí a sobreposição à ordem jurídica nacional, de ordenamentos infra e supra estatais. (v.g. as questões da globalização da economia, questão ambiental e nuclear, da saúde e do consumo internacionais, do narcotráfico e da proteção aos direitos humanos exigiriam uma desterritorialização das práticas jurídicas);
- f) *reconhecimento de novas arenas jurídicas e de novos sujeitos de direito*. Paralelamente ao individualismo do direito liberal e ao coletivismo do direito social, há uma luta pela afirmação de direitos difusos e por formas alternativas e mais amplas de acesso à justiça. A solução de conflitos passa por técnicas de negociação, barganha e arbitramento, à margem do Judiciário. (v.g. grandes conglomerados industriais, setores da tecnologia de ponta, grupos financeiros, que não têm tempo para aguardar ótimo lento dos processos judiciais);
- g) *nova concepção de cidadania*. A reivindicação de uma nova juridicidade corre paralelamente à construção de uma nova cidadania. Conforme Boaventura Santos, "sem postergar as conquistas da cidadania social, como pretende afinal o liberalismo político-econômico, é possível pensar e organizar novos exercícios de cidadania (coletivos e não meramente individuais; assente em formas político-jurídicas que, ao contrário dos direitos gerais e abstratos, incentivem a autonomia e combatam a dependência burocrática, personalizem e localizem as competências interpessoais e coletivas em vez de as sujeitar a padrões abstratos; atentas às novas formas de exclusão social baseadas no sexo, na raça, na qualidade de vida, no consumo, na guerra que ora ocultam ou legitimam ora complementam e aprofundam a exclusão baseada na classe social.^[4] Falam os autores tratar-se da substituição da regulação (do Estado) pela emancipação, através da reivindicação de interesses mais amplos, o Estado pela sociedade enquanto arena privilegiada dos conflitos sociais.

Essas e outras tendências aqui expostas mostram o quanto a chamada "crise da Justiça brasileira" é complexa e o quanto está intimamente ligada à crises nos diversos outros sistemas parciais, redundando na verdade na necessidade de uma reformulação da matriz organizacional do Estado.

Trata-se de saber, particularmente quanto os operadores do direito -especialmente juizes, promotores e advogados que exercitam a praxis forense - como essa problemática é percebida e como têm procurado enfrentar quotidianamente os problemas que, tendo origens históricas nos sistemas político, econômico, são institucionalizados através do sistema jurídico e acabam desaguando na arena do Judiciário, que

funciona como sistema *stand by*, e que não tem vocação, nem foi preparado para efetivamente solucionar, mas apenas para eliminar conflitos, que não existe para promover direitos, mas garantir direitos já assegurados.

O professor Campilongo diz que "o direito é mais talhado para produzir diferenças do que promover igualdade.^[5] Efetivamente, a dogmática tecnológica não está programada para fazer justiça distributiva mas está preparada para fazer uma justiça comutativa, e assim, a discussão hoje é: quem deve ficar mais rico e quem deve ficar mais pobre. Se nossa perspectiva é individualista, a resposta já é sabida: os mesmos de sempre. O seu de cada um é o que hoje temos: aos pobres sua pobreza e cada vez mais de sua pobreza; aos ricos sua riqueza e cada vez mais de sua riqueza^[6].

Uma visão crítica pode revelar que os problemas da Justiça -e do Judiciário- no Brasil não se situam, apenas no campo do direito material ou da conformação processualística dos códigos. Embora relevantes no processo de transformação, esses elementos, destinando-se a constituir um conjunto descritivo de direitos e as regras instrumentais de organização e funcionamento, não podem ser adequadamente concebidos sem se levar em conta as transformações operadas na sociedade e no Estado nas últimas décadas e sem um diagnóstico mais amplo do Judiciário, um estudo da própria norma jurídica, da cultura jurídica dominante, do formalismo nos procedimentos jurídicos, e da ideologia jurídica e política dos juízes.

Em decorrência do desenvolvimento capitalista, cresceram novos interesses e novas classes sociais que passaram, assim, a litigar contra os interesses das oligarquias e aristocracias que se apropriavam exclusivamente dos bens do Estado.

O processo de democratização do país, com a Carta de 88 e a constitucionalização de diversos direitos sociais e coletivos, e surgimento de importantes diplomas legislativos, como o que dispõe sobre a Ação Civil Pública, a Lei das Execuções Penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação protetora do meio-ambiente e o Código de Defesa do Consumidor, que colocaram o Ministério Público como agente social qualificado em juízo, provocaram considerável estímulo no processo de demanda por Justiça.

Tem-se um crescente processo de busca ao Judiciário na perspectiva de resgate de uma **dívida social** reprimida e acumulada no tempo, e que agora é anunciada como possível pelo Estado-Providência, cujos atores, aparecem ampliados também em classes, grupos, movimentos e organizações, apresentando novos interesses (coletivos, difusos) e novos objetos de disputa, precisamente porque o Estado, antes liberal, passara a condição de Estado-Providência, *com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços.*^[7]

A especificidade técnica e a natureza dessa nova legislação exige dos operadores jurídicos o abandono da interpretação tradicional de subsunção de fatos a tipos legais. Acostumados e treinados para o processo inter-individual, juízes, promotores e advogados têm dificuldades ainda de romper com o normativismo liberal do processo a que estão mentalmente aferrados e tendem a não admitir o seu novo papel social, sua função política ampliada pelo fenômeno da *judicialização da política*.

Diante da efervescência dos novos conflitos e das características dessas novas normas constitucionais de conteúdo programático e do surgimento desses novos instrumentos legais suprareferidos, muitas vezes versando os chamados conceitos *abertos e indeterminados*, ou normas de definição não precisas, atribui-se aos aplicadores do direito um duplo desafio: a ampliação do conhecimento técnico, com ênfase nos objetivos de acesso e efetividade, e na reformulação mental sobre os mitos da completude do sistema jurídico, da neutralidade da lei e da imparcialidade do juiz.

O reconhecimento constitucional de uma situação dada, num regime socio-econômico absolutamente injusto, destinando-se a tutelar, j os valores de seguimentos sociais desfavorecidos e marginalizados durante longo tempo, ao adquirir *status de compromisso constitucional*, manifestado, entre outros, no objetivo de **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**, (art. 3º, III, CF), exige a necessidade de repensar o conceito de lei e o modo de aplicar o direito..., convertendo o Poder Judiciário numa instância de redobradas funções políticas, o que alguns ainda não percebem ou não querem perceber!

Assim, "*de uma ordem garantista, em que o acesso ao Judiciário se restringia a pedir proteção para a conservação do que já se tem, passamos a uma ordem promocional, em que se poderia recorrer ao Judiciário para se obter o auxílio que ainda não se tem, mas se deseja ter por força de promessas*

constitucional, política ou legalmente feitas." (José Reinaldo de Lima Lopes-in *A Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário*.Ed. Malheiros: São Paulo.1988-p.70).

Os novos tempos exigem dos aplicadores da lei o abandono da postura burocrática de um normativismo positivo cego, que lhes impede visualizar o papel criador da jurisprudência, reduzindo-os a condição de meros reprodutores de um modo de aplicar a lei que já não atendia os seus *fins sociais e ao bem comum*, e que, em nome de uma suposta neutralidade, os mantém distanciados da realidade e insensíveis à tragédia social que bate à nossa porta...!

O direito do Estado Social-Democrático cobra muito mais do Judiciário do que o simples papel de árbitro de conflitos individualizados, compartimentados e estanques, em que os efeitos decisórios ficam restritos às partes litigantes, determinadas. Do Judiciário passou-se a exigir algo mais interessante, mais prático e de maior visibilidade, que representa mais escola, mais saúde, mais comida, mais respeito dos poderes públicos, mais cidadania, menos miséria, menos desigualdades sociais... Trata-se de assegurar, pela via do Poder Judiciário, a implementação das políticas públicas prometidas na lei. É dizer: *a aplicação judicial dessas leis passa a ser, portanto, a promoção da realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade sócio-económica a partir de um projeto específico das normas em vigor*, o que, de acordo com uma visão tradicional do Estado liberal-individualista, se pensava ser tarefa exclusiva dos "poderes políticos".

É que, *se no Estado liberal as leis tinham por finalidade básica definir as regras do jogo, no Estado-Providência as normas de caráter social são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras*. Houve, em verdade, radical modificação no conceito de lei que, de norma geral e abstrata, destinada a orientar e colocar limites à ação humana, pretensamente neutra quanto a fins, orientada para normatizar relações interpessoais, tornou-se um instrumento de governo, de que o poder político lança mão para realizar a sua política. A lei passou a ser, então, a promessa de solução para todos os males da sociedade![\[8\]](#)

Mas, a eficácia da aplicação dessas normas programáticas por parte do Judiciário encontrava -e ainda encontra- obstáculo na omissão do Poder Executivo na implementação de suas obrigações de políticas públicas. (v.g. as relativas à saúde (art.196); assistência social (art.203); a educação (art.205); meio-ambiente (art.225); criança e adolescente (art.226)). São inúmeras as situações em que os direitos sociais não são plenamente concretizados por causa da omissão de um outro Poder[\[9\]](#).

Eis aí, diz o Professor José Eduardo Faria, *de modo esquemático o dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro -ao menos em suas instâncias inferiores: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, em condições sub-humanas, na consciência de que a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade..*[\[10\]](#)

É neste tipo de sociedade que o Judiciário passa a ter importância crucial na vida das pessoas e uma função política redobrada, notadamente a partir dos anos 90, quando alcança maior visibilidade, graças a milhares de ações coletivas promovidas basicamente pelo Ministério Público gerando decisões contra o Executivo no plano do direito econômico e tributário. A demanda aumenta vertiginosamente, em grande parte pela via dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, proporcionando o acesso de amplas parcelas da população outrora marginalizada, pulando de 350 mil processos novos em 1988, para 8,5 milhões em 1998.[\[11\]](#)

No entanto essa visibilidade acaba por expor as dificuldades do Judiciário, suas decisões, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em sua concepção não conseguem ser plenamente concretizadas, por dependerem da concorrência dos outros poderes, o que reduz esse Poder a uma posição secundária e contribui para aumentar a sensação generalizada de descrença nas leis e na Justiça, estabelecendo-se um visível conflito de discricionariedade entre os poderes.

A sociedade conhece esses conflitos pelos meios de comunicação de massa e passa a perceber cada vez mais que o direito posto pelo Estado é o produto do poder das forças dominantes, dos interesses de grandes corporações e grupos econômicos e financeiros, nacionais e internacionais. E percebe haver profundas tensões entre as leis ditadas por esses interesses e as expectativas de direitos econômicos e sociais a que foi levada a acreditar por força duma Constituição solenemente jurada pelos seus representantes. E sente-se agora traída!

Nesse modelo jurídico conservador, destinado a manter de modo certo e seguro os interesses das classes dominantes, o Direito é reduzido à lei; a ciência é limitada apenas à aplicação da lei, e os práticos acabam por confundir-se e mesmo substituir os cientistas[12].

É assente ainda, notadamente entre os iniciantes, a idéia de que esse direito legislado pelo Estado, com suas técnicas de elaboração, aplicação, com sua "motricidade", "coerência" e "funcionalidade", representa um sistema autopoiético, ou seja, autoreferente ou bastante em si, símbolo de perfeição, eficiência e pureza, capaz de "solucionar" todos os conflitos de interesses e, enfim, plenamente apto a "dar a cada um o que é seu", na máxima de Justiça apregoada por Ulpiano.

Em verdade, o direito legislado e aplicado pelo Estado é sempre um produto das tensões ideológicas travadas pelas classes representadas nos parlamentos. O ocultamento dessa ideologia do direito posto e aplicado pelo Estado, ao lado dos ensinamentos destas teorias mecanicistas, meramente reprodutoras do direito codificado, que se contentam com um método lógico-formal e dedutivo, de enquadrar fatos na norma, nas Faculdades de Direito, sem dúvida contribuíram para a formação de um pensamento dogmático do jurista, voltado quase que exclusivamente para imperativos pragmáticos, utilitaristas e imediatistas que o tornaram quase incapaz de pensar o Direito como uma ciência dinâmica e multifacetada, que recebe influências de diversos ramos do conhecimento humano.

Neste sentido, cumpre-se um roteiro, ou um *script*, previamente elaborado em que as premissas do mundo real, ao penetrar no sistema, passam a ser codificadas e condicionadas pelos dogmas e valores de defesa do próprio sistema. A solução dos conflitos resumem-se um código binário: lícito/ilícito, possibilitando, regra geral, uma margem segura de previsibilidade das decisões, num processo de mera subsunção lógico-formal dedutivo que reduz os aplicadores do direito, muitas vezes, a um papel secundário, reprodutores de um modelo jurídico que aprofunda gravemente as desigualdades sociais.

Os juizes e promotores, "operadores" desta máquina judiciária, passam a fazer parte de uma lógica empresarial, como se pertencessem a "departamentos" estanques, com competência e atribuições específicas e rígidas, excessivamente burocratizados e cartorialistas. São apelidos os "operários do Direito", expressão que realça bem o caráter funcional do Direito, favorecendo, de outro lado, uma cultura de funcionário público assalariado, cujas atenções estão voltadas muito mais para interesses próprios, tais como salário, férias, décimo terceiro salário, vantagens funcionais, promoções etc...

O grau de eficiência do desempenho desses "operários" é medido não pela qualidade de suas decisões e pronunciamentos, ou seja, pelo conteúdo de Justiça que se apresente, mas pela quantidade de sentenças, denúncias, despachos, pareceres etc. O pragmatismo e o imediatismo determinados pelas novas relações mundiais, impondo cada vez mais a celeridade nos serviços públicos, no caso particular da Justiça exigem decisões rápidas, "operadores" velozes; o bom juiz *Magnaud* cede lugar ao "juiz virtual", aquele que dá sentenças em série, que segue a tecnologia genética "clonando" sentenças...

A audiência, antes reputada como ato solene de fundamental importância, que oportunizava o contato direto do juiz com as partes e as testemunhas em busca do descobrimento da verdade para justa solução do litígio, tende a ser atropelada pelos imperativos da celeridade processual, não sendo incomum juizes e promotores participarem de duas audiências ao mesmo tempo em salas diferentes, isso quando as audiências não são "presididas" pelo próprio Escrivão. No mundo moderno, em que o máximo são decisões, e não propriamente a justiça delas, as pessoas já não tem espaço na agenda dos juizes.

Os cartórios absorvem grande parcela do poder dos juizes, controlando e selecionando os processos que devem e os que não devem ter curso normal. E os juizes, em regra, limitados a uma correição ordinária por ano, cumprem o ritual de reiterar os despachos não cumpridos ou ordenar o prosseguimento de feitos. O juiz, muitas vezes, ignora que, além dele, há outros que melhor que ele controlam o Cartório...

A eficiência jurisdicional é calculada com base em critério econômico: o máximo de eficiência (entendida como produtividade, isto é, o juiz que mais dá sentenças), com o mínimo de custo para o sistema jurídico, ou seja, com o mínimo de perturbação à segurança, estabilidade, enfim, à ordem do sistema jurídico-positivo.

Silenciosamente, cumpre-se um ritual consciente ou inconsciente de "adestramento" garantido pela coerção dos estatutos disciplinares, das Corregedorias, pelo poder revisional dos Tribunais e pelo sistema de promoção por "merecimento", que em verdade, seguindo critério cooptativo, via de regra presta-se muito mais ao apadrinhamento, à escolhas ditadas por critérios eminentemente pessoais, de simpatia ou amizade, do que para refletir propriamente o merecimento. Quer-se um juiz e um promotor autônomo,

previsíveis, que não tentem "criar" teses, que "não criem casos, não criem confusões", afinal, casos e confusões acabam sendo remetidos, via de recursos, às próprias instâncias superiores...

Como os órgãos superiores, Tribunais de Justiça e Procuradorias-Gerais de Justiça, em regra não têm uma política de ação efetiva voltada para a implementação do acesso à Justiça, o combate e a prevenção à macro-criminalidade e, enfim, uma atuação efetiva de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente os direitos econômicos e sociais, e como pouco ou quase nada se ministra em termos de deontologia, filosofia e sociologia do Direito a esses profissionais, privilegiando-se sempre seminários de técnica de aplicação do direito dogmático, observa-se um grave distanciamento desses "operadores jurídicos" dos problemas reais da comunidade a que servem, problemas que, na maioria das vezes, por não terem origens exatamente no direito não podem ser solucionados no interior dos códigos simplesmente. Isso faz com que o Direito perca sua dimensão humanística!

O desafio da ampliação das funções políticas do Judiciário, no sentido da redução das desigualdades sociais, através de ações promocionais concretas torna-se urgente e requer um esforço conjunto de toda a comunidade jurídica. Da não superação desse desafio pode resultar um Judiciário enfraquecido e cada vez mais esvaziado pela emergência de mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos e/ou de um sem-número de agentes e órgãos "quase judiciários" -árbitros, conciliadores, conselhos, tribunais administrativos, etc.- investidos de responsabilidade funcional para atuarem nas áreas mais tensas e nos setores mais problemáticos da vida social."[\[13\]](#)

Na reengenharia dessas transformações, o Judiciário não deve demitir-se da autocritica: deve olhar para dentro, radiografar suas mazelas, admitir e combater sua inficiência burocrática, suas idiossincrasias, o nepotismo e a sua corrupção crescente. Não deve perder de vista que, como prestador de serviço público, tem sido notoriamente incompetente, como de resto ocorre na maioria dos serviços públicos. Compreender que essa inoperância gera a exclusão das classes pobres do sistema judicial, obrigando-as a perversa consequência de terem de solver os seus conflitos com as próprias mãos, morrer nas mãos de justicieros ou pagar pedágio a quadrilhas ou à própria polícia para poder sobreviver!

Refletir que a característica de definitividade do serviço imposta pela proibição da autotutela, converte o Poder Judiciário na última instância de esperança, por onde desfilam as misérias, as agruras e as tragédias humanas..., e que a omissão, o retardamento e a inficiência na prestação da tutela, correlativamente, é o mais perigoso e mais cruel de todos os males praticados pelo Estado contra o cidadão!

Os juizes, promotores e advogados devem se conscientizar, cada vez mais, de que sua sublime missão social exige o abandono imediato da noção patrimonialista, ainda bastante presente, que faz pensar que os cargos, bens e serviços do Estado podem ser apropriados, que os cargos administrativos afetos à jurisdição constituem "bem de família" providos pelo critério hereditário ou de saber genético!

E como Poder, o Judiciário ainda carece de firmar-se com efetiva independência, não apenas independência dos poderes políticos, mas também do poder econômico, consciente de que, como diz José Reinaldo de Lima Lopes, "a disputa de poder e a defesa da cidadania processa-se não exclusivamente entre Estado e cidadão individualmente considerado, mas também entre cidadãos: aqueles que têm poder, influência e riqueza, para impor aos que não têm, a conta do desenvolvimento, a conta do financiamento da dívida pública, a conta dos benefícios sociais e políticos desigualmente distribuídos,"[\[14\]](#) v.g. as reformas constitucionais ditadas pelos interesses internacionais.

Ora, conquanto a atividade jurisdicional deva ser isenta e imparcial, isto não quer significar que o Judiciário, constituído justamente para fazer valer as regras e o sentido das regras aceitas numa sociedade, olvide essa função. Ou seja, se a Constituição e as leis, refletindo o sentimento social, sinalizam em direção da democratização crescente e indicam a necessidade da transformação dum igualdade simbólica em direção a uma igualdade mais próxima da substancial, através da responsabilidade social e econômica, o Judiciário, a quem foi conferido esse papel político na "judicialização da Política e das Relações Sociais" deve esforçar-se ativamente no sentido da eliminação das discriminações de cor, credo, sexo, da supressão ou diminuição das desigualdades sociais, econômicas e regionais, fazendo disso uma estratégia e um compromisso de sua política pública, como expressão do sentimento ético-social do povo brasileiro.

A máquina judiciária deve ser racionalmente administrada, os seus recursos financeiros melhor aplicados. É tempo de rever a concepção tradicional de fóruns em edifícios imensos, às vezes em palácios sumptuosos, dispendiosos e pouco ou nada justificáveis nos tempos modernos. Reescrever-se um novo modelo de gestão da Justiça, abandonando-se definitivamente o modelo burocrático em que predomina a hierarquia

piramidal, com uma cadeia de comando em vários níveis, comunicação formal, fragmentação, desarticulação e falta de padronização do trabalho, para um modelo dirigido a obtenção de resultados, em que haja planejamento estratégico, com diretrizes e metas globais claras, a partir de um amplo diagnóstico dos seus problemas, dos seus fins, dos seus valores e do interesse de sua clientela; descentralizar suas estruturas de poder, a fim de levar ao jurisdicionado um serviço público de tutela efetiva e eficaz dos direitos rente com a realidade social!

Parece-nos oportuna a idéia de criar núcleos jurisdicionais, priorizando a instalação de juizados especiais, cíveis e criminais, promovendo-se ampla descentralização desses órgãos, espalhando-se-os pelos bairros mais populosos das periferias das grandes cidades, propiciando a aproximação e interação dos juizes, leigos e togados, promotores e advogados com a comunidade e com os fatos sociais que irão apreciar, com mais celeridade, informalidade e eficiência.

A experiência satisfatória dos Juizados Especiais permite reivindicar o alargamento de sua competência para causas de família, sucessões e de natureza alimentar. Contribuiria, em grande medida, para a descentralização nos tribunais, a instituição de uma instância revisora, composta de um colegiado de juizes de direito em Comarcas Pólos no interior dos Estados, para reexame das decisões monocráticas de alcada limitada, por exemplo, até o quádruplo da prevista para os Juizados Especiais, eliminando-se a elevação de apelo aos Tribunais.

Neste mesmo sentido de acesso dos cidadãos à Justiça, há que se romper com a idéia antidemocrática e discriminatória de que cidadãos leigos não podem decidir sobre as coisas da Justiça. Deve-se dedicar atenção especial ao Tribunal Popular do Júri, instituição da cidadania, consagrado constitucionalmente como garantia fundamental, autônoma em relação ao próprio Poder Judiciário e que, nessa medida, há de contar com autonomia administrativa e orçamentaria. Defendo seu aperfeiçoamento, com novo procedimento instrutório, menos burocrático, mas célere e eficiente. Sua competência há de ser ampliada, especialmente para abranger os crimes mais nocivos ao interesse público, v.g. crimes contra o patrimônio público, de sonegação fiscal, os crimes contra o meio ambiente, readequando-se a forma de seleção e escolha dos jurados, que devem ter garantias reais para julgar livremente.

A incrementação desses dois órgãos de Justiça: os Juizados Especiais e o Tribunal Popular do Júri, ao lado de outras, traz a vantagem da publicidade e oralidade dos julgamentos, eliminando-se, ao máximo, a intermediação dos cartórios, pois "atualmente o essencial do processo está no seu andamento cartorial, e isto é não apenas um desvio administrativo, mas também político, pois retira do juiz, órgão independente e autônomo, o grosso da condução do caso, para concentrá-lo numa repartição arquivista por natureza."[\[15\]](#)

Com efeito, a desburocratização e a celeridade da Justiça depende, em grande parte, do urgente enfrentamento dessa questão relativa ao procedimento cartorial. É inadmissível que os cartórios concentrem, muitas vezes, o poder de escolha e de condução dos processos, de modo seletivo e cirúrgico, muitas vezes ditando quais as sentenças devem ser proferidas, favorecendo a corrupção! Para essa tarefa, cumpre priorizar-se os procedimentos orais e a concentração dos atos judiciais, vinculando-se o juiz ao processo, a fim de que profira sentença em audiência, restringindo-se ao máximo a escrituração e procrastinação dos atos.

A transformação radical da Justiça só se completará, no entanto, com a criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário; um órgão voltado para o controle administrativo e disciplinar, composto paritariamente por membros diretamente envolvidos na atuação judiciária e também um representante do Parlamento. Ante a queixa de que esse tipo de controle implicaria na quebra da independência judicial -o que levaria a indagar se há, hoje, essa independência- penso que esse tipo de controle, por força da transparência na prestação de contas à sociedade que ele traz, quanto a eventuais desvios de finalidade e mal emprego de verbas públicas, na verdade viria a aumentar a segurança do bom juiz, livrando-o, a um só tempo, das pressões políticas e econômicas, dos *lobbies* e das injunções dos tribunais, na medida em que estes perderiam a possibilidade de "controle cultural" e "adestramento" sobre os juizes, cujas carreiras seriam controladas por esse órgão externo, como ocorre na Alemanha.

Finalmente, deve-se acrescentar que não basta a reforma do Judiciário para a transformação da Justiça; é imprescindível a reforma do ensino jurídico. A estrutura curricular é excessivamente dogmática, voltada a uma formação técnico-profissional em que, a final, forja apenas uma mentalidade legalista, em flagrante contradição com a realidade sócio-econômica. Esses jovens estudantes são os advogados, juizes e promotores de Justiça de amanhã e que saem da faculdade munidos quase que exclusivamente de um saber tecnológico, incapazes de refletir sobre o Direito como um fenômeno multidisciplinar, as condições sociais subjacentes à sua produção, a sua função e as condições de sua aplicação.

Logo, como pouco ou quase se ensina sobre Teoria Geral do Direito, não serão capazes de entender -se não com o sacrifício do direito alheio- que a dogmática que lhes foi ensinada não é o Direito, mas apenas um instrumento do Direito, que funciona quase sempre como violência simbólica(o juiz pensa que manda, enquanto cumpre tarefa autômata), não perceberão que o direito é o resultado da vitória das forças políticas e econômicas dominantes na sociedade no momento da elaboração dos códigos e, portanto, que a produção do direito é sempre ditada pela classe dominante^[16]; não perceberão a influência ideológica na formação do conhecimento jurídico e na aplicação do Direito; enfim, não saberão aquilatar o real sentido da sua função social como operador desse direito impuro, imperfeito e até mesmo injusto..., e assim, impedidos de formar juízos críticos, conduzir-se-ão de maneira a critica em sua carreira, obedientes ao sistema de adestramento e cooptação dos tribunais, reproduzindo o mesmo modelo..., quiçá vindo a tornar-se professor deste mesmo "direito" insuficiente e falho, formando novos bacharéis, arregimentando novos seguidores..., perpetuando esse iníquo sistema excluente!

Ao final de nossa exposição, quero enfatizar que não tive a vã pretensão de dar receitas para a solução de problemas tão profundos; ao contrário, ao emitir críticas e sugestões, procurei fazer, mais uma vez, aquilo que tenho feito ao longo de vinte anos dedicados exclusivamente ao direito, sempre procurando enxergá-lo com olhos críticos e percepção aguçada, talvez porque, como oriundo de classe pobre, conheço de perto as dificuldades de acesso ao direito e à Justiça social no Brasil.

E é por tudo isso que só posso compreender o direito, com *Ihering*, como um processo de luta; que o conhecimento humano é um fator de poder, que pode ser exercido tanto para libertar quanto para oprimir, pois direito e poder estão sempre intimamente ligados; que o direito não é apenas normas, mas um fenômeno com múltiplas dimensões: sociais, culturais, econômicas, políticas e também por normas; que para conhecer o direito o único método possível é também o pluridimensional, dialético e multidisciplinar.

Certo de que o fim do direito é a inclusão social, torna-se necessária a aplicação de uma hermenêutica também crítica, que vise criar uma nova praxis na efetivação dos direitos econômicos e sociais^[17], reconhecendo, além das fontes formais do direito, outros valores reinantes na sociedade como fruto das lutas sociais.

Enfim, só a teoria crítica é capaz de fornecer as bases teóricas aptas a descortinar, desvendar as verdadeiras causas que dificultam ou impedem o progresso e a felicidade da pessoa humana como último fim do direito.

Obrigado.

Mauro Viveiros^[18]

BIBLIOGRAFIA:

- BOAVENTURA de Souza Santos, *Subjetividade, cidadania e participação*. Revista Crítica de Ciências Sociais nº 32 [s/l]: 1991.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad: 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- FARIA, José Eduardo (organiz.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. Malheiros, São Paulo: 1998.
- (organiz.). *Direito e globalização econômica:implicações e perspectivas*. Malheiros, São Paulo: 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, 4^a ed., rev. e atual., 1 v. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris: 1992.

[1] *O Direito na Sociedade Complexa*, Max Limonad, São Paulo: 2000, p.54.

[2] op.cit. mesma página.

[3] pud Francisco Weffort, *A cidadania de baixa intensidade in Democracia Delegativa versus movimento democrático: Qual democracia?*, São Paulo, Companhia das Letras, 1992,p.114.

[4] Boaventura de Souza Santos, *Subjetividade, cidadania e participação*, Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 32, 1991, pp.170-171.

[5] "se o déficit democrático da globalização decorre do grau de indiferenciação momentânea entre os sistemas e da falta de especificidade funcional da política e do direito no sistema mundial; se a manutenção de elevadas taxas de complexidade, vale dizer, de democracia, fica comprometida no contexto da globalização; então, uma hipótese plausível e realista é a de que o direito e a política se

empenhem não por uma improvável, ainda que auspíciosas, eliminação jurídico-política das desigualdades materiais, mas por garantir condições: 1) de respeito e fortalecimento das diferenças; 2) de distribuição mais uniforme das capacidades de ação coletiva; 3) de estímulo às oposições, minorias e alternativas, no plano das organizações internacionais. (op.cit. p.130).

[6] José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito*, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, org. José Eduardo Faria, Malheiros, p.140.

[7] José Eduardo Faria, op.cit., p.62.

[8] "É interessante observar que esta transformação do conceito de lei, que, "de princípio normativo para a solução", passou a ser a própria solução, de modo que a lei acabou tornando-se um "processo de governo" - "a tentativa iluminista de reduzir o político ao jurídico" substituída pela instrumentalização política do jurídico (Castanheira Neves, pág. 587) - passou originariamente pela "juridicização" do político, que fora o propósito do Estado de Direito (Konrad Hesse, a Força Normativa da Constituição, trad. bras. Sérgio Fabris Editor, 1991, pág. 28)" Ovídio A. Batista da Silva, *Curso de processo civil*, p. 26.

[9] É por esse motivo que os juristas de formação normativista e formalista tendem a considerar os códigos, estatutos e leis de caráter social como "direitos imperfeitos", na medida em que a natureza e o alcance de sua realização estariam na dependência de opções políticas e de programas de governo; em outras palavras, tais direitos seriam "imperfeitos" porque ficariam com sua aplicação condicionada pela relação de forças antagônicas que lutam politicamente para influir nos critérios de distribuição dos recursos públicos. ibidem, op.cit. p.63, nota 8.

[10] José Eduardo Faria, *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira.*, p.95.

[11] Luiz Fernando Ribeiro Carvalho, *Quem tem medo da CPI?*, Jornal do Magistrado, AMB, n. 50, 1999, p.2.

[12] A aguda observação do Eminent Prof. Dr. João Batista Herkenhoff dá o tom exato de quão negativa a influência do pensamento positivista na comunidade jurídica brasileira. Verbis: "Dentro das matrizes do pensamento positivista, a reflexão jusfilosófica atrelou o Direito a uma função conservadora das estruturas sociais. No Brasil, o Positivismo, historicamente, exerceu uma grande influência sobre o pensamento nacional. No campo do Direito, essa influência foi devastadora. Alcançou as cátedras, os tribunais, a doutrina, a prática jurídica do dia-a-dia. Essa presença do Positivismo ainda hoje é muito forte no mundo do Direito. Continua atuante nos livros, nas faculdades, no foro. Confiram-se, por exemplo, os discursos de posse dos altos magistrados e as declarações de ministros e procuradores a propósito das questões atuais. O Positivismo reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável." (in nossa monografia: Caminhos para uma hermenêutica comprometida com a cidadania e os direitos humanos. Anais do Mestrado em Direito. Universidade Estadual Paulista-UNESP em convênio com a Universidade de Cuiabá-UNIC. Cuiabá: 1999.)

[13] op.cit. p.67.

[14] op.cit. p.72.

[15] op.cit.p.75.

[16] Na ideologia neo-liberal, a lógica do mercado exige um mínimo de custo: o máximo de eficiência e produtividade com o mínimo de despesas, e é esse mesmo critério que vem sendo transportado para o Direito através do processo de privatizações, desregulamentação e desmonte do Estado de bem-estar social para o chamado "Estado Mínimo" no Brasil. O mínimo de custo para o sistema jurídico representará o mínimo de custo para o Estado, que por sua vez se tornará mais "eficiente" na sua função jurisdicional, garantindo, através dessa enxuta relação custo-benefício, pouca perturbação social, segurança, estabilidade, enfim, a manutenção da ordem no sistema jurídico. Para a lógica neo-liberal, cujo "Deus" é o mercado, a moeda a "filha de Deus" e a acumulação de riquezas a sua ética, a preocupação central é a obtenção de um sistema jurídico ainda mais "racionalizado", mais dogmático, que viabilize a passagem do modelo de Estado Social para o Estado Mínimo ou Pós-social. Para isso buscam o fechamento de tribunais, redução de gastos orçamentários, restrição dos poderes judiciais e do Ministério Público, eliminação de prerrogativas funcionais etc. E assim é que, desfazendo em parte essas "armadilhas" se alcançaria o grau de "segurança", "estabilidade", enfim, a "manutenção da ordem jurídica" nos níveis idealizados pelos detentores do poder político-econômico. (in nossa monografia,op.cit. p.27).

[17] Com muita lucidez é que Maurice Craston, referido por Jack Donnelly, pontificou: "os impedimentos para a implementação da maior parte dos direitos econômicos e sociais, entretanto, são mais políticos que físicos. Por exemplo, há mais que suficiente alimento no mundo capaz de alimentar todas as pessoas; a fome e a má nutrição generalizada existem não em razão de uma insuficiência física de alimentos, mas em virtude de decisões políticas sobre a sua distribuição." [17] Maurice Craston, *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca, NY, Cornell University Press, 1989.p.31-32.

[18] O autor é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Mestrando pela Universidade Estadual Paulista-Unesp, em convênio com a Universidade de Cuiabá-Unic e Professor da Escola Superior do Ministério Público.