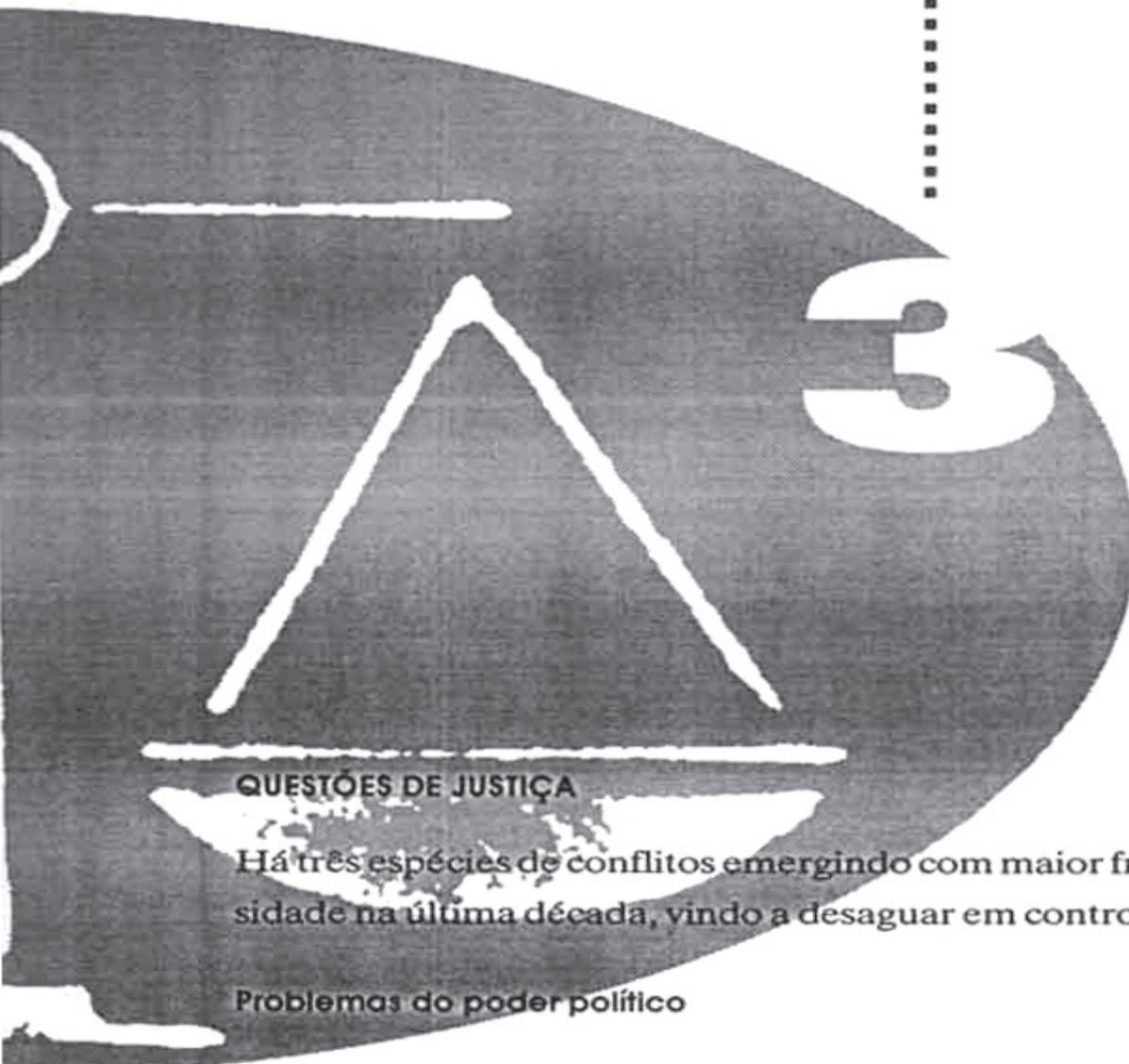


JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição

JOSÉ REINALDO DE
LIMA LOPES é
professor da Faculdade
de Direito da USP e
pesquisador do Centro
de Estudos Direito
e Sociedade (Cediso)
da USP.

Judiciário



QUESTÕES DE JUSTIÇA

Há três espécies de conflitos emergindo com maior frequência e intensidade na última década, vindo a desaguar em controvérsias judiciais.

Problemas do poder político

Em primeiro lugar, questões de limitação dos poderes, atribuições, funções e competências entre os diversos poderes do Estado, sejam eles os poderes tradicionais do liberalismo, sejam as novas agências e agentes, guindados de fato ou de direito à linha de frente do cenário político: Ministério Público *versus* Administração Pública, Mesa do Senado *versus*

Presidência da República, partidos políticos ou deputados e senadores *versus* Congresso Nacional e assim por diante. Parte das controvérsias origina-se da necessidade de interpretação da Constituição Federal ainda recente, parte deriva de mudança no perfil de atuação dos agentes, parte deriva da necessidade de espetáculo público numa sociedade de mídia. Por mais de uma década estes personagens se vêm enfrentando, sem que houvesse golpe de Estado, intervenção militar, decreto de força ou semelhante. O canal para onde acorreram as controvérsias foi o Judiciário, especialmente os tribunais superiores.

Exigências de políticas públicas

Em segundo lugar há os conflitos chamados coletivos, divididos em duas categorias. Uns mostram grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente frufveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc.). Nestes casos, a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal, etc.). Serviços públicos exigem meios: receita para seu custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização, regulação administrativa, remoções, etc.). Tais conflitos encontram no Judiciário um canal para sua visibilidade, para se criar impasses que obriguem a negociações: evitaram que demandas básicas levassem a revoltas populares contínuas.

Problemas individuais em chave coletiva

Uma terceira espécie de conflito, correspondente à segunda espécie de conflito coletivo, é aquela aparentemente individual e tradicional (controvérsia entre partes claramente limitadas e com objeto definido, como numa obrigação contratual, uma separação, um crime ou uma contravenção). Na sociedade de massas e de classes, porém, a repe-



tição dos casos individuais semelhantes indica a existência de classes, grupos, conjuntos em que a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes. Assim, a adjudicação em um caso pode ter conseqüências em muitos outros semelhantes, podendo-se pôr em dúvida se haveria necessidade de um processo judicial completo para cada caso, ou se bastaria uma decisão seguida do reconhecimento dos casos individuais como participantes da mesma classe (o problema da extensão da *res iudicata*). Um tipo ideal de conflito assim é o das relações consumidor/fornecedor. Para complicar as coisas, os indivíduos pertencem simultaneamente a grupos distintos: um consumidor de sapatos é um fornecedor de serviços financeiros. Não apenas na esfera do direito privado a "coletivização" é visível. Também no direito penal: a impunidade vigorante no Brasil traz a marca do coletivo. Não é uma pessoa que passa impune, mas uma classe, grupos inteiros jamais são punidos. Não apenas deixam de ser punidos os responsáveis por crimes tradicionais e cometidos individualizadamente. Há os crimes novos, as fraudes mais diversas, cometidas por grupos organizados, como prática comum em certos setores ou o dano causado ao patrimônio comum (histórico, ambiental, urbano, etc.).

O que emerge desta brevíssima e incompleta tipologia é, nitidamente, o problema tradicional da justiça distributiva e da legitimidade do sistema normativo (dita justiça dinâmica em Agnes Heller). Mais do que coletivos, os novos conflitos são plurilaterais.

1 Roberto Garagarela, "La Crisis de La Justicia como La Crisis de un Sistema de Gobierno", in *No Hay Derecho*, III, 7, set.-nov. 1992, p. 44. "La ciudadanía, según hemos visto, carece de medios efectivos para obligar a sus representantes a responder al mandato que se les otorga, y darle cuenta de sus actividades. Como resultado de esta situación, es normal y ha sido lógico que los representantes elegidos por el pueblo pasen a constituir un cuerpo burocrático y autónomo respecto de sus electores, ya que encuentran pocos incentivos para reemplazar su autointerés por el interés público. Dentro de este cuadro, la "politización" de la justicia, así como el permanente "accoso" del que pueden ser objeto sus miembros, no aparecen como consecuencias anómalas de un sistema enfermo, sino como consecuencias "naturales" del modo de funcionamiento del mismo".

O problema da justiça distributiva diz respeito à alocação ou apropriação individual de recursos comuns (a riqueza, a honra). Um sistema jurídico e político incapaz de prover uma distribuição justa e justificável perde legitimidade. Em termos institucionais, dá-se a sobrecarga do órgão encarregado de resolver controvérsias, pela incapacidade dos outros órgãos (Administração, Parlamento) de forjarem acordos universalizáveis ou simplesmente buscarem um interesse público ou comum (1). Trata-se de uma tensão permanente entre aplicação retrospectiva de leis tradicionais em situações novas, gerais e que precisam de regulação prospectiva.

O PROBLEMA TEÓRICO DA JUSTIÇA

Contexto de esgotamento do modelo liberal

A retomada da discussão filosófica e teórica da justiça dá-se dentro de um contexto mais amplo de discussão da tradição moral moderna e das transformações do estado de bem-estar social. As formas mais vulgares de utilitarismo e relativismo, no discurso político, tornam-se insuficientes para justificar a ação das autoridades estatais. As diferenças sociais - diferenças de classe, de riqueza, de poder de consumo e de oportunidades - constituem o desafio da justiça liberal. A resposta a tal desafio deu-se, do ponto de vista das instituições políticas, na construção do estado de bem-estar, na disputa entre liberalismo e socialismo. No discurso filosófico tal desafio mostrou, de um lado, tentativas de respostas de caráter liberal-democrático, recuperando a tradição kantiana sobretudo; de outro lado uma tentativa de resposta democrático-comunitária, recuperando a tradição especialmente aristotélica.

Ambas vertentes demonstram, porém, o esgotamento do modelo novecentista de justiça, cujo ápice está na codificação do direito civil, entre nós feita em 1916. O Código Civil, desta perspectiva, era o justo por excelência: dadas as regras claras de contratos, de propriedade e de família estaria assegurada a justiça social. O modelo pressupunha que cada um, atuando livremente no seu próprio interesse, levaria à felicidade

geral: cada indivíduo era um portador de vontade e razão, capaz de julgar o que fazer. A soma de tais juízos levaria ao bem comum. O crescimento das desigualdades e a fraude generalizada e massificada da boa-fé, a incapacidade de conhecer todo o necessário ao julgamento correto e, principalmente, o fato de que cada indivíduo é um feixe de relações sociais que o precedem e constituem em grande parte, tornaram o modelo inaceitável e incapaz de promover o seu ideal. Daí a perda de legitimidade do regime privatista e civilista como fundamento da justiça social. A justiça dinâmica é a capacidade de julgar as regras e normas aplicadas numa sociedade e propor sua modificação; a justiça estática é a capacidade de julgar uniforme e consistentemente de acordo com regras dadas e aceitas (2). A segunda metade do século XX tem sido marcada pela volta da discussão da justiça dinâmica e, mais propriamente, da justiça distributiva. O modelo novecentista pressupunha que a simples existência de regras de justiça comutativa ou retributiva levaria a uma sociedade em que se faria, automaticamente, justiça distributiva (3). A função essencial do Estado era prover os cidadãos com um serviço de resolução pacífica e não violenta de conflitos individuais. O Judiciário do Estado liberal é um serviço público, como a polícia ou a força pública: mais solene, mais independente talvez, porém da mesma natureza que uma polícia apartando brigas de vizinhos.

Questões políticas são jurídicas?

A tradição liberal novecentista levou a uma distinção: a justiça comutativa-retributiva tornou-se uma questão de direito e a justiça distributiva tornou-se política. A distinção, de certo modo, sempre existiu. A diferença entre fazer regras que serão aplicadas e aplicar regras já feitas equivale, de certa forma, à distinção entre *direito e política* que hoje se faz vulgarmente.

Tal distinção está em crise. Em primeiro lugar, existe uma esfera do direito em que tradicionalmente a fronteira se esfuma: é o campo do direito constitucional. Saber o que exatamente diz a regra constitucional em cada caso é uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação de regra já existente (a constituição) e de formulação de uma nova regra, pois em caso de dúvida, a interpretação

2 Cf. Agnes Heller, *Beyond Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1991: "Minha definição do conceito formal de justiça é a seguinte: o conceito formal de justiça significa a aplicação consistente e contínua das mesmas normas e regras a todo e cada um dos membros de um grupo social aos quais se aplicam as normas e regras" (p. 5). A justiça dinâmica "é o processo pelo qual normas e regras sociais e políticas (válidamente) existentes são testadas, questionadas e invalidadas e, simultaneamente, normas e regras sociopolíticas alternativas são validadas" (p. 247). Para o conceito de justiça estática, formal, Heller explicitamente invoca a definição ou o conceito elaborado por Chaim Perelman. Este define a justiça formal (estática) como consistente na observação de uma regra enunciando a obrigação de tratar de uma certa maneira todos os seres de uma categoria determinada (cf. Perelman, *Étique et Droit*, Bruxelles, Ed. Univ. Bruxelles, 1990, p. 60, e *La Giustizia*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 37). Justiça e igualdade são correlatas. Sobre o assunto, ver: Thomas Nagel, "Equality", in *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1992.

3 As discussões mais importantes sobre a justiça distributiva estão na obra de John Rawls (*A Theory of Justice*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1992, 1ª edição, 1971), Alasdair MacIntyre (*After Virtue*, Notre Dame, Univ. of Notre Dame, 1984, 1ª ed., 1981, e *Justice de Quem? Qual Racionalidade?*, São Paulo, Loyola, 1991, ed. original em inglês de 1988) e John Finnis (*Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1992, 1ª ed., 1980). Outros autores a serem lembrados: Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard), Jeffrey Reiman (*Justice and Modern Moral Philosophy*, New Haven, Yale), J. R. Lucas (*On Justice*, Oxford, Clarendon), Lloyd Weinreb (*Natural Law and Justice*, Cambridge (MA), Harvard), Othfried Höffe (*Justiça Política*, Petrópolis, Vozes) e Antoni Domènech (*De La Ètica a La Política*, Barcelona, Crítica, 1989). Entre nós, um apanhado do debate travado em língua inglesa entre Rawls e MacIntyre foi feito por Alvaro de Vita (*Justiça Liberal*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993).

equivale à criação da regra. Se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar a constituição, sua tarefa é constitutiva do direito, sua tarefa é soberana. No caso do direito constitucional, particularmente nos casos de disputa judicial sobre a constitucionalidade de leis ou atos da administração, política e direito voltam a juntar-se.

Nas últimas décadas houve a expansão dos textos constitucionais, com a elevação de diversos temas à categoria de direitos constitucionais. No estado de bem-estar os direitos sociais vêm juntar-se aos direitos individuais. No Brasil em particular assistimos a duas ondas simultâneas de judicialização: conflitos envolvendo os novos direitos (lutas por moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo a efetiva aplicação dos antigos direitos em novos contextos (a luta contra a discriminação étnica, de cor, sexual - de mulheres e homossexuais -, religiosa, política). O que está em jogo é o conjunto de instituições básicas da sociedade: leva-se ao Judiciário o conflito entre projetos distintos de instituição social, uns conservando as discriminações sociais e pessoais, outros propondo uma sociedade menos excludente e opressiva. Em outras palavras, o processo de judicialização dos conflitos no Brasil está atravessado por demandas de justiça dinâmica (alteração de regras), algo que só pode ser realizado judicialmente na esfera da discussão da constitucionalidade de leis, atos e políticas públicas. Além disso, está em questão a justiça distributiva (realocação de riqueza e autoridade).

O que é mesmo a justiça distributiva?

A discussão clássica da justiça distributiva herdamos de Aristóteles:

“Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente: (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, dinheiro ou outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos” (*Ética a Nicômaco*, V, 2).



E passa por Tomás de Aquino:

“As partes são suscetíveis de dupla relação. Uma entre si, a que se assemelham as relações entre duas pessoas particulares. E esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os atos de duas pessoas particulares. Outra é a relação entre o todo e as partes, à qual é comparável a relação entre o comum e o particular. E essas relações as dirige a justiça distributiva, que distribui proporcionalmente os bens comuns” (*Suma Teológica*, II, IIae, q. LXI, art. 1).

Para compreender as duas definições clássicas é preciso não confundir o todo com a soma das partes. A sociedade não pode ser vista, interpretada ou explicada como a soma de indivíduos. Esta imagem impossibilita a compreensão dos conflitos distributivos para além das disputas individuais pela *sobre-representação alheia*. A justiça distributiva diz respeito à divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e de custos.

A justiça distributiva diz respeito ao bem comum (4). A noção de bem comum foi tão desgastada por seu uso conservador, que alguns até sorriem com desdém quando é mencionada. E, no entanto, sem ela é impossível fazer qualquer reflexão política. Quando Otto Bauer (5) alertava para as contradições possíveis entre o interesse da classe operária e os trabalhadores individualmente considerados nas suas unidades produtivas, ou - como vemos hoje - entre o interesse de uma comunidade em ter uma fábrica gerando empregos e outra interessa-

4 A dialética do todo e da parte, do indivíduo e da comunidade, no que diz respeito à justiça distributiva encontra-se sobremaneira claramente na *Suma Teológica* de Tomás de Aquino (II, IIae, q. LXI). A distribuição, diz ele, é justa quando não exaure o todo, mas o que se distribui ao indivíduo é-lhe devido, segundo uma regra racional de justiça, pois cada um é parte do todo e tem no fundo comum uma parte, mesmo antes de lhe ser individualizada. E esta distribuição pertence antes aos que têm o governo da comunidade do que aos particulares, embora estes também possam fazer justiça distributiva, pois são encarregados de corpos intermediários. Além disso, existe em Tomás uma distinção entre a justiça legal (geral), que é a virtude que ordena o particular para o bem comum, e a justiça distributiva (uma forma de justiça particular) que ordena o bem comum (e o fundo social comum) ao particular.

5 Cf. Otto Bauer, “La Crise della Democrazia”, in *Tra Due Guerre Mondiali*, Torino, Einaudi, 1979.

da em fechar a mesma fábrica por ser altamente poluidora, a única possibilidade de racionalizar a decisão é escapar da análise dos interesses e tentar descobrir um bem comum. A justiça não pode ser satisfeita por um meio termo, ou compromisso, que apenas satisfaça interesses ou vontades. Em Rousseau a idéia -chave é *vontade geral*. A vontade geral de que fala Rousseau não é a vontade/interesse do indivíduo: é sua capacidade de compreender - e agir conformemente - o mínimo denominador comum que torna possível uma vida social entre cidadãos livres. Por isso,

“há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares.(...) A vontade geral é sempre certa, mas o julgamento que a orienta nem sempre é esclarecido. (...) Os particulares discernem o bem que rejeitam; o público quer o bem que não discerne. Todos necessitam igualmente de guias. A uns é preciso obrigar a conformar a vontade à razão, e ao outro, ensinar a conhecer o que quer. Então, das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade no corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força do todo. Eis donde nasce a necessidade de um Legislador” (6).

Numa sociedade livre o bem comum não é a conservação da vida tal como ela é, mas a conservação da vida - coletiva e individual - com a possibilidade dinâmica de ser diferente. O bem comum é “um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es) em razão dos quais têm motivos para colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) numa comunidade” (7). Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas normativamente (8). Este conjunto de condições, possibilidades e instituições compõem o bem comum. A justiça distributiva é a regra - e a virtude de aplicação desta

regra - segundo a qual os interesses particulares (de indivíduos, de grupos, de classes, de corporações) são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. Digo vida com liberdade porque produção da vida sem liberdade é até fácil de se fazer. A justiça torna-se um problema só se a dominação, a exploração e a discriminação forem males a se evitar. Se dominação, exploração e discriminação forem aceitas em nome da produção material da vida - seja qual for a justificativa ideológica que se dê à precedência da vida sobre a pessoa humana - a justiça torna-se um não-problema (9). A justiça distributiva tem como seu objeto próprio o bem comum, entendido já não de forma ontológica, mas deontológico-procedimental.

Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de: a) coisas comuns (não produzidas por ninguém); b) coisas produzidas em comum; c) autoridade e poder - liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades e recompensas; d) incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e desejados (embora na sociedade capitalista o talento para fazer dinheiro seja o talento por antonomásia) (10). Neste sentido, a adequada e justa distribuição destes acervos comuns é que propicia o bem comum, aquela condição de realização de bens individuais, a “busca da felicidade” lembrada belamente por Thomas Jefferson na *Declaração de Independência*.

Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva. Dizem respeito à participação dos pobres no fundo econômico comum (socialmente produzido, mesmo que através da propriedade privada). Dizem respeito à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (direito à não-discriminação em razão de cor, religião, convicção política, sexo ou orientação sexual). Dizem respeito à defesa do patrimônio comum da humanidade (história, ecologia, cultura). Neste contexto, quem é a parte adversa, a parte contrária, o réu nos processos judiciais? Mesmo que se apresentem alguns réus determinados (o Estado, uma agência governamental, uma federação de patrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada), o que está em jogo é, muitas vezes, algo que diz respeito à organização

6 J. - J. Rousseau, *Do Contrato Social*, São Paulo, Abril, 1973, pp. 52 e 62.

7 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit. p. 155. John Rawls refere-se ao bem ou bens públicos (*public good*), e trata a distribuição, na sua teoria da justiça, com relação a eles: cf. *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 265-75.

8 Cf. Agnes Heller, *Beyond Justice*, op. cit., p. 247.

9 Sem tempo para elaborar o tema, basta lembrar que o debate fundamental da filosofia moral de Hegel é justamente esta dialética da liberdade objetivada no direito e na regra da justiça. A modernidade e a pós-modernidade não podem ser superadas com qualquer desconsideração da liberdade individual. Sobre a definição de justiça como resposta à opressão ver J. Reiman, op. cit.

10 Cf. Finnis, op. cit., pp. 166-9.

social, eventualmente concretizada num litígio determinado.

Aqui está uma das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário hoje: a discussão judicial, a discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados (mesmo que os atores sejam sindicatos, corporações). Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno de um *bem comum* que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação social. Neste sentido, chegam ao Judiciário, como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver (11).

OS PROBLEMAS PRÁTICOS DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A Justiça comutativa

Embora creia que fundamentalmente as questões de justiça no Brasil de hoje sejam de justiça distributiva, as de justiça comutativa ou retributiva não são poucas. Dizem respeito ao funcionamento do Judiciário como serviço público. A ampliação da capacidade material do Judiciário (organização, pessoal, infra-estrutura material, reorganização do processo, do sistema de recursos e do sistema cartorário, da carreira judicial e das carreiras de apoio, da polícia, do ministério público, entre outras coisas) dirige-se ao aperfeiçoamento da prestação da justiça retributiva tipicamente: capacidade de impor o cumprimento de obrigações, contratuais ou legais, capacidade de punir as infrações penais e em geral administrativas. Evidente que é preciso ampliar tal capacidade: uma sociedade em que sonegação de impostos, descumprimento de regras de trânsito, de códigos de segurança ou de vizinhança nas edificações, de violências familiares, cotidianas, de engano generalizado ou muito comum a consumidores, demonstra que nosso Estado é ou muito pequeno, ou definitivamente está apropriado por interesses particulares, loteado, balcanizado.

Aparência Individual, essência coletiva

Se é verdade que tais casos são, em princípio, de justiça comutativa, seu número indica uma questão coletiva. O Judiciário torna-se, com o tempo, o prestador de serviços para uma classe social ou um grupo social, antes que para outros. Isto significa que parte da população não tem acesso aos serviços de justiça. A consequência pode ser, e freqüentemente é, que a solução dos conflitos vai se deslocando para uma forma de justiça privada, de submissão pura e simples dos mais fracos, menos espertos ou menos ricos. Exemplo característico é o das relações de consumo: aparentemente tratando-se de relações entre um fornecedor e um consumidor, de fato é uma relação de um fornecedor com um mercado consumidor, uma pluralidade de consumidores, cujos meios de ação podem ser coletivos (suspensão de propaganda, venda ou fabricação de um produto, constituição de fundos de indenização de vítimas de acidentes de consumo, etc.). Estamos aqui na fronteira entre justiça retributiva/comutativa (reparação individual de danos) e justiça distributiva (medidas coletivas de prevenção e distribuição de riscos e danos) (12).

A Impunidade

Isto gera algo de que falam todos os grupos de base no Brasil de hoje: a impunidade. A impunidade pode ser dos mais espertos ou mais ricos, ou mais violentos, ou depender exclusivamente da sorte de não ser pego. O desaparecimento material, de um lado, somado à corrupção e à convivência de interesses políticos com a violência, de outro, leva a inquéritos e processos inconclusivos. Vejamos dois exemplos. De um lado os crimes praticados contra as finanças públicas ou contra a poupança popular. Sua investigação e constatação não se faz a não ser com agentes especializados, com auditores, com pessoal de formação muito particular. Está a nossa polícia dotada de tal pessoal? Eles compõem o quadro de apoio do Ministério Público? Sem investigação, sem inquéritos adequadamente feitos, como chegar a qualquer resultado? Outro exemplo: os bandos de extermínio ou justiceiros. Como investigar adequadamente algumas denúncias sem

11 Sobre o assunto ver: Roberto Garagarella, op. cit., e José Afonso da Silva, "A Constituição e sua Revisão", in *Cadernos Liberais*, IV/XCI, Brasília, Instituto Tancredo Neves, 1991.

12 Cf. George P. Fletcher, "Corrective Justice for Moderns", in *Harvard Law Review*, 106, May, 1993, p. 1658. Sobre conflitos coletivos ver: José Eduardo Faria, *Justiça e Conflito*, São Paulo, RT, e *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros. Ver também Rodolfo Mancuzzo, *Interesses Difusos*, São Paulo, RT.

que haja promotores especialmente designados para casos mais complexos, com suficientes recursos, garantias, garantias para testemunhas e vítimas?

A impunidade afeta a legitimidade do sistema político, da autoridade. Ela atenta contra o princípio formal de justiça: tratar igualmente os casos iguais. Pode indicar duas coisas. Em primeiro lugar, que uns são punidos e outros não, pelos mesmos delitos, ou por delitos semelhantes, ou por qualquer delito. O princípio de justiça é afetado: não se dá igualmente aos iguais, pois a autores de mesmos delitos não se distribui igual sanção, ou para infratores de delitos semelhantes não se distribuem proporcional ou igualmente as sanções, ou, último caso, alguns não recebem qualquer sanção (ou se a recebem deixam de cumpri-la).

Em segundo lugar, pela impunidade dá-se uma divisão essencial entre os membros de um grupo social: os que cumprem e os que não cumprem as normas. Impunidade indica que um número determinado ou crescente de cidadãos - que constituirão no imaginário social o grupo dos *intocáveis* - pode delinquir sem risco, ou com um risco mínimo de ser punido. Naturalmente é da essência das normas referirem-se a condutas que podem ou não vir a ocorrer, referirem-se ao campo da liberdade. O descumprimento tem duas formas pelo menos: a do delinqüente e a do objetor de consciência ou a do desobediente civil. No primeiro caso o não cumprimento não tem justificativa universalizável: dá-se no interesse do delinqüente, ou por acaso. No segundo, dá-se com justificativas, é aberto e público: o desobediente ou objetor de consciência declara publicamente seu ato e dá razões para que outros o acompanhem. Como diz Tércio Sampaio Ferraz Jr., o delinqüente puro e simples *confirma* a autoridade da norma, pois reconhece, ao infringi-la, sua submissão a ela. O objetor *desconfirma* a norma: não a reconhece como vinculativa, por isso a descumpra. A divisão constante e crescente entre os que cumprem e os que não cumprem, sem, no entanto, questionarem a autoridade das normas - em outras palavras, a ampliação do campo da hipocrisia pura e dos que dela se valem para prestar o *lip service* à legalidade e praticarem a ilegalidade por diversas vias -, gera, progressivamente, a desconfirmação geral do sistema, ou seja, a crise de legitimidade

do sistema. E sendo tarefa do Judiciário a aplicação de sanções, o crescimento da impunidade é simultaneamente deslegitimador do Judiciário e do Estado todo, afinal, da legalidade. Um dos efeitos perversos de tal impunidade é a crença de que as defesas constitucionais dos direitos individuais (presunção de inocência, devido processo legal e outras) são as causas de privilégios ilícitos.

Até aqui usei essencialmente a linguagem comum no direito penal (delitos, penas, sanções, infrações). No entanto, infrações são descumprimento de deveres, e podem estar relacionadas a delitos civis - descumprimento de contratos, de regras de vizinhança, de relações de boa-fé, tributários, não-pagamento de impostos, ou administrativos - não-observância de regras de trânsito ou de vigilância sanitária. A impunidade pode ter um aspecto tanto classista (os *ricos*, os *poderosos*, os de *cima* ou a *maioria dominante* - brancos, adultos, homens - não são punidos por determinados delitos, ou nunca são punidos, como aparece no imaginário popular), quanto intraclassista (o vizinho *esperto*, ou forte, ou mentiroso que pode e consegue mais que seu vizinho) e cotidiano.

A Justiça distributiva

Nas questões de justiça distributiva propriamente dita há outros problemas. Em primeiro lugar o da legitimidade política. A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns, como dito acima. Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertencem à mesma classe sejam tratados igualmente (13). Como o Judiciário só procede se provocado, suas decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação (ressalvados os casos em que o Supremo Tribunal Federal decide de maneira geral a inconstitucionalidade de leis, suspendendo sua aplicação). As decisões que pretendem fazer justiça distributiva, ou que sob o pretexto de fazer justiça comutativa estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo

13 Cf. Perelman, *La Giustizia*, p. 37; J. Finnis, *op. cit.*, p. 173.



indivíduo. O sucesso, ou o insucesso de uma parte, é considerado como uma forma de discriminação, um privilégio. O problema particular que atravessamos hoje é a determinação dos critérios da justiça distributiva: é o título de propriedade? é a necessidade? é o mérito? o talento pessoal? para ganhar dinheiro, ou para organizar obras de caridade? é a divisão igual de tudo, independente de colaboração? Todos estes são critérios possíveis, justificáveis e compreensíveis. Não há um só critério que sozinho satisfaça: todos devem ser submetidos ao crivo da conveniência, mas também ao crivo da racionalidade moral fundamental (*respeito*, na concepção kantiana, *reciprocidade* em outras concepções), a significar respeito à vida e à liberdade do outro, de tal modo que a vida regalada de um ou alguns não se faça às custas da vida de privações de outros. O problema é que, tratando-se de justiça distributiva, não se vê imediatamente a contraparte de um benefício ou de um sacrifício. Num contrato é fácil determinar o que é devido a quem; nas relações sociais, a distribuição não é feita ao meu vizinho, no sentido geográfico, mas ao meu próximo, no sentido moral (14). Daí a importância da legitimidade da autoridade, que, ao distribuir, faz a justiça política. Não pode ser tarefa deixada ao bom juízo de cada um, mas procede de acordos políticos, isto é, gerais, amplos, impessoais. A incapacidade de fazer isto, institucionalmente, leva às tentativas pessoais e individuais. O resultado é positivo no que diz respeito à visibilidade do caso, mas pode ser desastroso do ponto de vista político e geral.

Um dos problemas fundamentais levantados pelo processo de distribuição dentro de um estado de direito é o do *direito adquirido*. Historicamente um dos fundamentos do estado de direito tem sido a defesa do direito adquirido. A sociedade política moderna justifica-se como instrumento de paz, antes que de justiça, pois faz cessar a guerra de todos contra todos estabelecendo regras de apropriação que serão respeitadas no futuro. O desafio sempre enfrentado é o de redefinir permanentemente as regras, sem que esta possibilidade signifique arbítrio e anomia. Este é o problema enfrentado e analisado por Agnes Heller no seu conceito de justiça dinâmica, em oposição ao de justiça estática (15). Qual a contradição e qual

a compatibilidade possível dentro de um ordenamento jurídico estável (que permite a promessa, o dever e o direito subjetivo), dinâmico (que permite a mudança sem a guerra) e democrático (que permite a liberdade e a participação generalizada e sem discriminação), de normas de justiça estática (comutativa e distributiva) e dinâmica? Sobretudo, qual o problema de uma discussão desta natureza perante um dos órgãos do Estado especificamente moldado para determinadas tarefas?

Os limites do Judiciário (controvérsia)

Os limites do Judiciário para enfrentar este desafio (da justiça dinâmica e da justiça distributiva) são muitos. Proponho a análise dos seguintes: 1) os limites da coisa julgada; 2) a legitimação política para decidir; 3) o processo contraditório bilateral; 4) a inércia institucional; 5) o precedente, a tradição e a cultura jurídica; 6) o aparelhamento insuficiente.

Os limites da coisa julgada. A coisa julgada só afeta as partes do processo, exceto quando pode ter efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. No primeiro caso pode valer contra qualquer um, no segundo contra aqueles que se encontram na classe ou grupo permitido pela lei. De qualquer maneira, muitos são os problemas que não se resolvem individualmente. Por exemplo, a questão da moradia ou da saúde pública. Então o valor de determinadas decisões não pode ultrapassar determinadas pessoas, ou determinadas regiões. Num Estado federal como o Brasil, a interpretação dada por um tribunal estadual a uma lei federal pode ultrapassar as fronteiras do seu Estado? Qual o seu impacto? A coisa julgada limita, pois, os efeitos da sentença. Mas limita os efeitos jurídicos e concretos. Não limita os efeitos simbólicos: estes operam pelo precedente. Uma decisão pode ser invocada para auxiliar, ilustrar ou persuadir um outro órgão judiciário a interpretar semelhantemente a norma. Este uso do precedente tem seus limites: é preciso que haja uma rede de comunicações entre os interessados naquele precedente. Grupos de "novos atores" sociais passam a desenvolver tais redes, ampliando as possibilidades de mudanças talvez.

A legitimação para decidir. O Judiciário

NA OUTRA PÁGINA,
A EXPULSÃO DO
PARAÍSO, DE
JACOPO DELLA
QUERCIA (BOLONHA,
SÃO PETRÔNIO).

14 Cf. Zygmund Bauman, *Postmodern Ethics*, Oxford, B. Blackwell, 1993, cap. 4 e 5; Paul Ricoeur, "O Socius e o Próximo", in *História e Verdade*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.

15 Ver nota 2

16 Anos atrás fez muito sucesso entre os juristas brasileiros a análise de Tullio Ascarelli sobre o contrato de sociedade. Descrevendo a impropriedade de aplicar as regras dos contratos bilaterais ao contrato de sociedade, propunha uma classe nova, de contratos plurilaterais. A forma, engenhosa como tudo o que escreveu e pensou Ascarelli, no fundo era a recuperação, por outras palavras, das fórmulas comuns na escolástica medieval, vizinha de cátedra e burgo dos glossadores e comentadores. Tem como ponto de resistência a noção de bem comum, sobretudo sua afirmação de que cada uma das partes (sócios) assume obrigações não uma diante da outra, mas uma diante de todas, dirige a utilização de bens comuns (o patrimônio), não se extingue na troca de deveres e direitos das partes mas pressupõe uma duração e uma atividade (cf. Ascarelli, "Il Contratto Plurilaterale", in *Saggi Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949). Os direitos dos sócios são em geral de duas naturezas: o de participação (nos lucros, nas decisões, nos prejuízos) em igualdade de situações, ou o de retirada, caso em que a sociedade se dissolva ou, o que também é frequente, faz-se um balanço especial para se apurar os haveres do sócio que se retira ou morre. É só com base em tais eventos comuns a todos que um sócio pode, eventualmente, agir contra outro, em geral em nome da sociedade ou de todos os outros. Isto é exatamente a dialética da parte e do todo na *Suma de Tomás de Aquino* (II, IIae, q. LXX, art. 1): "As partes são suscetíveis de dupla relação. Uma entre si, a que se assemelham as relações das pessoas particulares entre si. E esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os atos entre duas pessoas particulares. Outra é a relação entre o todo e as partes, à qual é comparável a relação entre o comum e o particular, e essas relações as dirige a justiça distributiva, que distribui os bens comuns proporcionalmente". Na tradição jurídica ocidental o problema já apareceu de diversas formas. Por exemplo, na contradição moderna entre as teorias de direito natural de base cooperativista (a natureza social do homem) em Francisco de Vitória, Grócio e Puffendorf, e de base individualista (Hobbes, Locke, Kant), contradição ou paradoxo entre autores e em cada autor.

só se legitima nos Estados democráticos contemporâneos por decidir conforme a lei. O que é a lei, senão aquilo que os juízes mesmos dizem? A resposta dos realistas é: nada, a lei é aquilo que disserem que é. Problemas surgem. Se o debate, como veremos, é bilateral, como pode um juiz singular fazer justiça distributiva, coletiva por definição? Assim, ao decidir os casos em bases individuais, ao criar precedentes em bases individuais, o risco é julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva. Pode-se até invalidar normas cuja razão de ser é, necessariamente, coletiva e distributiva. Legitima-se então o Judiciário para a defesa do direito adquirido, mas deslegitima-se para a justiça dinâmica.

O contraditório bilateral. Este é um dos problemas mais difíceis para a razão jurídico-judicial. Este modelo de controvérsia assume a seguinte forma: está em disputa uma coisa, que não pode pertencer simultaneamente a dois indivíduos. Circunstâncias atenuantes ou agravantes podem modificar a divisão, mas essencialmente deve haver uma divisão ou apropriação. É tipicamente o caso das controvérsias de direito privado (propriedade, contratos, reparação de danos, condomínios e outras) mas está também na origem do direito penal: historicamente, o direito penal foi um sistema de reparações do ofensor para a vítima diretamente, incumbindo ao terceiro apenas arbitrar ou supervisionar esta execução. As penas não-reparadoras, não-vingativas são relativamente recentes, e as penas com retribuição a uma ofensa causada ao príncipe ou ao soberano (como os delitos de *fractio pacis*, rompimento da paz real, delitos reais na Idade Média) ou à paz pública (e com caráter preventivo) sempre corresponderam a uma espécie de *retribuição*, de troca de ofensa por punição. Este é tipicamente o conflito judicial. A justiça distributiva não pode fazer-se levando em conta o esquema bilateral (16). Institucionalmente, o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero. Os casos de conflitos plurilaterais não têm sido o paradigma de controvérsia judicial, embora existam (dissolução de sociedades, falências, dissolução de comunhões). Uma análise

mais detida de tais casos poderia mostrar se uma parte dos conflitos plurilaterais não terminam simplificados em casos bilaterais, reivindicando-se, muitas vezes, a presença do Estado (ou um órgão seu, como o Ministério Público) como parte que substitui muitos interesses conflitantes, como os credores de uma instituição falida.

A inércia institucional. O Judiciário, ao contrário do Legislativo e do Executivo, é inerte, só procede mediante provocação dos interessados, e interessados do ponto de vista de relações individualizadas. Se se trata de questões comuns, ou de bem comum, a iniciativa de alguns pode significar, mediatamente, a lesão de outros. Sobre tudo no delicado equilíbrio de um sistema como o do estado de bem-estar social, em que estão em jogo distribuição de riqueza e de riscos (os diversos sistemas de *seguro* social). A iniciativa de uns de não pagarem impostos, provocando o Judiciário, pode significar o malefício de outros, não identificados, que deixarão de receber serviços públicos. A falta de meios, de conhecimento e de acesso à justiça (pela pobreza, por exemplo) pode significar que alguns provocarão no Judiciário uma jurisprudência construída a partir de pontos de vista determinados e limitados a grupos sociais que tiveram acesso à máquina judicial. Exemplo é do Sistema Financeiro da Habitação: compreendendo as relações individualizadas, o juiz vê-se obrigado a julgar separadamente as relações entre financiadores e mutuários, e depois entre poupadores e instituições depositárias (que são as financiadoras). Não aparece no litígio o mecanismo de transferências de rendas e receitas e nem a apropriação efetivada pelo sistema industrial-financeiro da construção civil. Tais questões são consideradas externas às relações contratuais e não podem ser levadas em consideração na controvérsia.

O precedente, a tradição, a cultura. Os precedentes são a matéria prima do direito: a doutrina, a tradição, a lei que precede a decisão, a jurisprudência, ou outro qualquer ponto de apoio historicamente invocável como regra de autoridade fundadora da decisão, para escapar aparentemente do arbítrio puro e simples do julgador. Se a justiça distributiva tem algo a ver com justiça dinâmica, com a procura de alternativas

às regras de apropriação até agora vigentes e consideradas injustas ou potencialmente injustas, a mesma necessidade democrática de apelar para uma regra cronológica e hierarquicamente anterior pode transformar o Judiciário no reduto da tradição por excelência, compreensível e justificadamente que seja. A educação profissional dos futuros agentes (juízes, advogados, promotores, delegados de polícia) será ou poderá ser um treinamento no ser bem-sucedido em discernir o caminho mais fácil da tradição já trilhada. A realidade é mais complexa, ou não seriam possíveis as mudanças de orientação jurisprudencial. O fato básico, porém, é este ambiente de tradições solidificadas, cujo fundamento e razoabilidade em geral pode ser mantido pela sua própria existência. A introdução de novas categorias (como a de *força maior social*) (17) é lenta e desinteressante para os grupos dominantes.

O aparelhamento insuficiente. A justiça distributiva exige capacidade de obter informações que vai além dos limites materialmente impostos pela organização dos tribunais e juizados de primeiro grau, como questões envolvendo o meio ambiente, ou o aumento de uma tarifa de serviço público, ou o orçamento da educação pública. Os magistrados contarão com peritos? Geralmente terão que recorrer ou a outros órgãos públicos (que por sua vez não podem interromper seu funcionamento para prestar a devida assessoria) ou a particulares, que pretendem remuneração adequada. O sistema eminentemente cartorial, de *paper pushing*, o processo, tem impedido as inspeções judiciais, a oralidade, o debate, a proximidade empírica entre Justiça e partes. Desaparelhado, como transformar o Judiciário num árbitro confiável de tais conflitos? A estratégia corrente é usá-lo como mediador, conciliador ou um adiador do conflito, enquanto se negocia e se procura a solução efetiva fora do juízo. E isto não é uma anomalia, visto que, assim fazendo, os interessados de fato estão usando o Estado como pacificador. O equívoco seria pensar que o simples exercício da tradicional razão jurídica, do *do ut des*, da legalidade pura e simples, traria a solução melhor, ou que é o aparelho judicial capaz de dizer uma última palavra no jogo democrático, que depende da legalidade, mas também a ultrapassa, pois incorpora mecanismos de mudança legal (18).

O potencial do Judiciário

Se são tantos os problemas até aqui levantados, e só levantei alguns, vale a pena prosseguir? O Judiciário servirá, de alguma forma ainda, para *fazer justiça*? Vale a pena mencionar pelo menos duas coisas: o fato de o Judiciário converter-se numa arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção ético-jurídica, e o fato de que os bloqueios institucionais eventualmente criados por demandas judiciais terem a capacidade de explicitar conflitos sociais básicos da sociedade brasileira. O valor do Judiciário é garantir que os arranjos e disputas se façam sob a legalidade e dar visibilidade às diferentes reivindicações. Num sentido limitado, permite que o diálogo se estabeleça formalmente entre litigantes (19).

AS MUDANÇAS NECESSÁRIAS

Para concluir, breves lembranças do que pode mudar no Judiciário para adaptar-se ao Estado democrático em que a justiça distributiva seja também realizável. Precisamos transformar a máquina cartorária: nenhum código de processo agiliza e barateia o serviço judicial sem que se rompa com a tradição cartorária pré-moderna que se insiste em manter. O sistema recursal tem que ser revisto, liberando-se o Supremo para tarefas constitucionais, conservando e aperfeiçoando a ação direta de constitucionalidade, revendo o papel do STJ no que diz respeito à uniformização da interpretação das leis federais. Do ponto de vista da administração da justiça convém discutir a concentração (os órgãos centrais da cúpula administrativa) e a centralização (o papel da carreira progressiva para as capitais). Quanto ao acesso à justiça, distingui-lo em seus diferentes aspectos (acesso ao serviço, acesso à decisão, controle e publicidade da administração do aparelho) e aperfeiçoar a transparência da máquina judiciária. Preparar adequadamente os profissionais para distinguirem as questões individuais-comutativas das questões coletivas-distributivas e estimular o debate público. Finalmente, garantir a liberdade democrática, único caminho para a redefinição do mínimo ético que servirá de base à legalidade capaz de incorporar as políticas públicas necessárias.

17 Sobre a força maior social ver: Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publ., 1992.

18 Cf. Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1991.

19 Sobre a estrutura básica da vida política e ética como diálogo ver: J. Habermas, *Teoria de la Acción Comunicativa*, 2 vol., Madrid, Taurus, 1987; Karl O. Apel, *Teoria de La Verdad y Ética del Discurso*, Barcelona, Paidós, 1991; e Agnes Heller, *Beyond Justice*, op. cit.